



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA

GABINETE DO DES. OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO

ACÓRDÃO

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO Nº 0001038-28.2013.815.0251.

Origem : 5ª Vara da Comarca de Patos.

Relator : Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho.

Apelante : Município de Patos.

Advogados : Rubens Leite Nogueira da Silva.

Apelado : Alcides Silvestre da Silva Neto.

Advogado : Danilo de Freitas Ferreira.

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. NOMEAÇÃO DE SERVIDOR CONCURSADO. CERTAME PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS NO EDITAL. CONTRATAÇÃO DE TERCEIROS A TÍTULO PRECÁRIO PARA A MESMA FUNÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE OS FUNCIONÁRIOS TEMPORÁRIOS FORAM CONTRATADOS DURANTE A VIGÊNCIA DO CERTAME. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. REFORMA DA SENTENÇA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO. RECURSO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO.

- O candidato aprovado em concurso público fora do número de oportunidades oferecido no edital possui mera expectativa à nomeação, contudo, adquire direito subjetivo se comprovada a contratação de pessoal em caráter precário ou temporário pela Administração Pública, dentro do prazo de validade do certame.

- *In casu*, o impetrante não logrou êxito em demonstrar, com a certeza exigida pela via mandamental, que as contratações realizadas pela Administração Pública teriam ocorrido no decorrer da vigência do concurso, o que afasta a caracterização da preterição da ordem classificatória resultante do

concurso.

- Em face da existência de questões de fato não comprovadas de plano, verifica-se a ausência de prova pré-constituída, o que impõe a extinção do *mandamus* sem apreciação meritória, restando prejudicada a análise do recurso voluntário. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos. **ACORDA** a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, em sessão ordinária, dar provimento ao Reexame Necessário, ficando prejudicada a análise do Recurso Voluntário, nos termos do voto do relator, unânime.

Trata-se de **Remessa Oficial e Apelação Cível** (fls. 118/135) interposta pelo **Município de Patos** contra sentença (fls. 110/115) proferida pelo Juízo da 5ª Vara da Comarca de Patos, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por **Alcides Silvestre da Silva Neto** em face de ato reputado abusivo e ilegal praticado pela **Prefeita do Município de Patos/PB**.

Na peça de ingresso, o impetrante alega que foi aprovado, fora do número de vagas ofertadas no edital, no concurso público realizado pela Administração promovida para o cargo de Técnico Administrativo (Secretaria da Saúde) ficando na colocação 26ª (vigésima sexta), ao tempo em que foram inicialmente oportunizadas 10 (dez) vagas para a almejada profissão, sendo 09 (nove) para ampla concorrência e 01 (uma) para portadores de deficiência. Afirma que a edilidade municipal convocou aprovados até a 21ª (vigésima primeira) posição, asseverando que houve a contratação precária de 58 (cinquenta e oito) servidores para o desempenho das funções do cargo para o qual foi aprovado.

Por fim, após pedido liminar, requer a concessão da segurança para declarar o seu direito líquido e certo à convocação, nomeação e posse no cargo de Técnico Administrativo, com todos os direitos e garantias a ele inerentes estipulados em edital e leis municipais.

Juntou documentos (fls. 11/82).

Liminar deferida (fls. 89/92).

Intimada, a autoridade coatora não apresentou suas informações no prazo legal (fls. 97).

A Promotoria de Justiça de Patos ofertou parecer (fls. 98/102), manifestando-se pela concessão da segurança.

Sobreveio, então, sentença concessiva, cujo dispositivo passo a transcrever:

“Julgo procedente o pedido e concedo a segurança, determinando que o impetrado, no prazo de 10 (dez) dias,

adote as providências necessárias à nomeação do impetrante no cargo de técnico administrativo – secretaria da saúde.

Escoado o prazo recursal, ao E. Tribunal de Justiça para o reexame necessário”.

Inconformada, a edilidade demandada interpôs Recurso Apelarório (fls. 118/136), arguindo, preliminarmente a perda do objeto do presente *mandamus*, o litisconsórcio passivo necessário com os aprovados em melhor classificação que o impetrante, e, ainda, a impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, assevera, em síntese, que o candidato em questão foi classificado fora do número de vagas do certame, bem como que só existe direito subjetivo à nomeação para aqueles aprovados dentro do período de validade do concurso, e ainda que os ocupantes de cargos em comissão já haviam sido exonerados, bem como afastados os contratados por excepcional interesse público, sendo insubsistentes as alegações do recorrido. Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do apelo para a reforma da decisão de primeira instância, julgando improcedente a lide.

Contrarrazões apresentadas (fls. 152/160), pleiteando o desprovimento recursal.

O Ministério Público, por meio de sua Procuradoria de Justiça, ofertou manifestação (fls. 186/199), pugnando pelo prosseguimento do feito sem a intervenção meritória do Órgão Ministerial.

É o relatório.

VOTO.

Conforme relatado, o cerne da presente contenda se consubstancia em perquirir se Alcides Silvestre da Silva Neto, embora aprovado fora do número de vagas inicialmente ofertadas pelo edital do respectivo concurso público, possui ou não o direito à nomeação, em razão da existência de funcionários contratados temporariamente para o exercício da mesma função inerente ao cargo efetivo para o qual o candidato se classificou.

Analisando o contexto probatório inserto no caderno processual, constata-se que o autor prestou certame para o cargo de Técnico Administrativo da Secretaria de Saúde, realizado pelo Município de Patos/PB, tendo sido aprovado na 26ª (vigésima sexta) colocação (fls. 12), de um total de 10 (dez) vagas para ampla concorrência e 01 (uma) para portadores de deficiência.

Segundo informa na inicial, todos os candidatos aprovados dentro das vagas e mais onze candidatos foram chamados, contudo, obtempera que a municipalidade contratou mais de 58 (cinquenta e oito) funcionários a título precário para o desempenho da mesma função de técnico administrativo, fato este que sustenta ferir o seu direito à nomeação para cargo em que aprovado.

O Juízo singular, como já relatado, julgou procedente o pleito

autorais, na perspectiva de que, mediante a contratação de mão de obra temporária, a Administração evidencia a necessidade da convocação de servidores, gerando ao aprovado em concurso público, ainda que fora das vagas, direito subjetivo à nomeação, restando, ainda, caracterizada sua preterição, uma vez que não nomeado mesmo ante a existência de vaga.

Consigno, contudo, que o *decisum* de primeiro grau merece correção, como passo a demonstrar.

Conforme lição corrente, a classificação de candidatos fora das vagas previstas no edital não lhes assegura direito subjetivo à nomeação, gerando tão somente mera expectativa de direito. Nesse passo, caberá à Administração Pública estabelecer o momento da investidura, de maneira discricionária.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência admitem que existem situações em que o candidato aprovado em concurso público passa a ter o direito subjetivo à sua nomeação e à posse, dentro do prazo de validade do concurso, mesmo que se encontre fora do número de vagas inicialmente ofertadas. Tais hipóteses são verificadas quando: a) o cargo for preenchido sem observância da classificação em detrimento do impetrante; b) a Administração abrir novo concurso para preenchimento do cargo, existindo ainda candidatos aprovados do concurso anterior; c) houver contratação de servidores temporários para ocuparem o cargo vago, em detrimento do direito do candidato aprovado em concurso.

Em caso análogo, o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE TERCEIROS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO CONFIGURADO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.

1. Há direito subjetivo à nomeação e posse se, no decorrer do prazo de validade do concurso, houver contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes na área para a qual foi realizado o concurso público, com notória preterição dos candidatos aptos a ocupar o cargo público para o qual foram aprovados. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ.

2. No caso dos autos, o Tribunal de origem concluiu que houve notória preterição dos aprovados em certame ainda válido, aptos a ocupar a mesma função, assentando expressamente que a própria

agravada foi contratada pela empresa terceirizada para desempenhar, no mesmo órgão, de forma precária, as atividades do cargo público para o qual foi aprovada.

3. A jurisprudência desta Corte entende que a sucumbência mínima definida nas instâncias inferiores não pode ser revista, por ser necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é defeso em recurso especial. Incidência da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido. (STJ, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 03/12/2013, T2 - SEGUNDA TURMA)

No cenário apresentado nestes autos, apesar de aparentemente ser possível a probabilidade de incidência da última situação acima elencada, não há como se afirmar, com a certeza exigida pela via mandamental, que as contratações precárias se deram no decorrer do prazo de validade do concurso, circunstância que faria nascer o direito subjetivo à nomeação aos candidatos aprovados fora das vagas do concurso, pois denotaria insofismavelmente a carência do quadro funcional e a necessidade de recursos humanos, frise-se, dentro do lapso de validade do certame em tela, o que não se verifica na hipótese vertente.

Como é sabido, o remédio constitucional utilizado pelo apelado tem a finalidade de salvaguardar direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal e abusivo de autoridade pública.

Em virtude da característica peculiar de certeza e liquidez de seu direito, o promovente que se utiliza desse *writ* tem o bônus de obter uma tutela jurisdicional por meio de um procedimento mais célere, especialmente previsto em legislação própria. Por outro lado, possui o ônus de comprovar de plano, por meio de documentação inequívoca, que resulta de fato certo, apenas necessitando da adequada interpretação jurídica.

No caso veiculado na inicial, vislumbra-se claramente que a prova trazida ao caderno processual se revela insuficiente, haja vista que a demonstração de que as contratações ocorreram no decorrer do prazo de validade do concurso não restou devidamente caracterizada.

Destarte, o concurso foi homologado em 12 de março de 2012 (fls. 75), ao passo que as listas de contratados por excepcional interesse público colacionadas aos autos pelo impetrante são todas posteriores a esta data (fls. 88), não sendo possível verificar se os contratos foram formalizados durante o prazo de validade do concurso, ou se anteriormente à homologação do certame.

Para tanto, além das que foram trazidas aos autos, deveria o impetrante ter encartado lista de contratados por excepcional interesse público para o cargo pleiteado em data imediatamente anterior à homologação do concurso, para que fosse possível comparar os nomes ali constantes, aferindo-

se se os mesmos já eram funcionários da edilidade desde antes da validade do certame ou se efetivamente foram contratados durante a sua vigência.

Assim, percebe-se claramente que o impetrante não logrou êxito em demonstrar documentalmente as referidas contratações precárias durante o prazo de validade do concurso ao qual se submeteu, de sorte que não houve a comprovação da necessidade premente de pessoal por parte da Administração além do quantitativo convocado pela edilidade, não havendo que se cogitar, ao menos diante das provas coligadas ao encarte processual, em ocorrência de preterição do direito de nomeação do demandante.

Nesse sentido, já se manifestou o Tribunal da Cidadania:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA FORA DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. NOMEAÇÃO. PRETERIÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

1. Mandado de Segurança impetrado em face de ato omissivo do Ministro da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que não convocou a impetrante para nomeação e posse no cargo de Fiscal Federal Agropecuário, especialidade Farmacêutico, unidade de Belém/Pará, realizado pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

2. Candidata classificada fora das vagas previstas no edital.

3. No caso, a impetrante não trouxe aos autos qualquer documento que comprovasse a preterição por parte da Administração Pública de nomeá-la ao cargo para o qual fora classificada, o que afasta seu direito líquido e certo.

4. Mandado de segurança denegado.”

(MS 13.586/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2013, DJe 17/12/2013)(grifo nosso)

“CONCURSO PÚBLICO. CLASSIFICAÇÃO EM CADASTRO DE RESERVA. PRETENSÃO DE NOMEAÇÃO. SUPOSTA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA O MESMO CARGO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

1. A jurisprudência deste Tribunal orienta-se por admitir a convalidação da mera expectativa de direito em direito público subjetivo quando o candidato aprovado fora do número de vagas tem sua nomeação preterida diante do surgimento, dentro do período de validade do concurso, de vacância do cargo ou de contratação temporária para as mesmas funções.

2. É forçoso, no entanto, a comprovação dessa

situação por quem a alega, não havendo no caso concreto evidência de que a contratação temporária efetuada pela Administração tocantinense tenha sido exatamente para as mesmas funções do cargo público oferecido no edital do concurso.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no RMS 40.715/TO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 11/09/2013) (grifei)

Logo, não restam comprovadas, na espécie, as hipóteses excepcionais que convolariam a expectativa de direito em direito subjetivo à nomeação. Em face dessas considerações, conclui-se pela existência de questões de fato não comprovadas de plano, demonstrando, pois, a ausência de prova pré-constituída, o que impõe a extinção do feito sem apreciação meritória, faltando à espécie pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, enquadrando-se no art. 267, inciso IV, da Lei Adjetiva Civil.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. ATO JUDICIAL QUE DETERMINA BLOQUEIO DE SUBSÍDIO MENSAL PERCEBIDO PELO IMPETRANTE. CABIMENTO DA AÇÃO MANDAMENTAL. APARENTE MANIFESTA ILEGALIDADE (CPC, ART. 649, IV). PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. PRAZO DECADENCIAL QUE SE RENOVA A CADA PERÍODO DE CUMPRIMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. MANDADO DE SEGURANÇA EXTINTO (CPC, ART. 267, IV). RECURSO ORDINÁRIO PREJUDICADO.

[...]

4. O mandado de segurança exige a apresentação de prova pré-constituída, apta a demonstrar a violação ao direito líquido e certo a ser protegido. No caso em apreço, o ora recorrente não apresentou prova capaz de ilidir as conclusões do il. magistrado de piso, de modo a comprovar a ilegalidade no ato judicial atacado. A ausência do pressuposto da prova pré-constituída acarreta a extinção do presente writ.

5. Mandado de segurança extinto, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC, ficando prejudicada a análise do presente recurso ordinário.

(STJ - RMS: 39298 MG 2012/0217679-2, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 20/08/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de

Publicação: DJe 28/08/2013). (grifo nosso).

Por tudo o que foi exposto, **DOU PROVIMENTO** ao Reexame Necessário, extinguindo o presente mandado de segurança, sem resolução de mérito, na forma do art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, ficando prejudicada a análise do Recurso Voluntário interposto.

É COMO VOTO.

Presidiu a sessão o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho. Participaram do julgamento, o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, o Exmo. Dr. Marcos William de Oliveira (*juiz convocado, com jurisdição plena, em substituição a Exma. Desa. Maria das Neves do Egito de Araújo Duda Ferreira*) e o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos.

Presente ao julgamento, a Exma. Dra. Lúcia de Fátima Maia de Farias, Procuradora de Justiça.

Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa, 07 de outubro de 2014.

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho
Desembargador Relator