



Poder Judiciário do Estado da Paraíba
Tribunal de Justiça
Gabinete da Desembargadora Maria das Neves do Egito de A. D. Ferreira

ACÓRDÃO

REMESSA OFICIAL N. 0000949-05.2013.815.0251

RELATOR: Juiz João Batista Barbosa, convocado para substituir a Desembargadora Maria das Neves do Egito de A. D. Ferreira

AUTOR: George da Silva Carvalho

ADVOGADO: Bruno da Nóbrega Carvalho

RÉU: Prefeita do Município de Patos

REMETENTE: Juízo de Direito da 4ª Vara Mista da Comarca de Patos

REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRETERIÇÃO DOS APROVADOS NO CERTAME E SURGIMENTO DE NOVA VAGA POR MOTIVO DE VACÂNCIA DECORRENTE DE APOSENTADORIA. NÃO COMPROVAÇÃO. DENEGAÇÃO DA ORDEM MANDAMENTAL. PROVIMENTO.

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

2. Ainda, no que pertine a esse entendimento, é importante destacar que, mesmo ocorrendo a contratação de servidores com vínculo precário, o candidato deve comprovar a existência de cargos vagos, para fazer jus ao direito subjetivo de ser nomeado.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos.

ACORDA a Segunda Câmara Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, **à unanimidade, dar provimento à remessa oficial.**

Trata-se de remessa oficial de sentença oriunda do Juízo de Direito da 4ª Vara Mista da Comarca de Patos que, nos autos do mandado de segurança impetrado por GEORGE DA SILVA CARVALHO, concedeu a segurança para determinar que a autoridade tida como coatora – PREFEITA DO MUNICÍPIO DE PATOS – nomeasse o impetrante para o cargo público de Motorista classe I, em decorrência de aprovação em concurso público (f. 227/233).

Os autos historiam que o impetrante foi aprovado na 23ª colocação, para o supracitado cargo, em concurso público que oferecia inicialmente 05 vagas. Ele aduziu que, durante o prazo de validade do certame, a autoridade coatora manteve nos seus quadros 29 motoristas contratados sob o vínculo precário (contrato temporário), fato que o levou a impetrar o *writ*, alegando que sua mera expectativa de direito a ser nomeado se convalesceu em direito subjetivo.

Parecer Ministerial pela manutenção da sentença (f. 246/250).

É o relatório.

**VOTO: Juiz Convocado JOÃO BATISTA BARBOSA
Relator**

Como já destaquei em outros julgados, o candidato aprovado fora do número de vagas oferecidas no edital, em regra, não possui direito subjetivo, e sim uma mera expectativa de direito a ser nomeado e empossado no cargo para o qual prestou concurso público.

Contudo essa mera expectativa converte-se em direito líquido e certo a partir do momento em que, dentro do prazo de validade do concurso, **há contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição daqueles que, aprovados em certame ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.**

Em casos análogos, o STJ decidiu nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ENFERMEIRA. CANDIDATA APROVADA NO CERTAME. CONVOCAÇÃO E CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRETERIÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. EDITAL. AUSÊNCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS. FALTA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Tribunal de Justiça piauiense julgou extinto o feito, sem resolução de mérito, por ausência de prova pré-constituída, nos termos do art, 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009.

2. Com efeito, o STJ adota o entendimento de que a mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público (fora do número de vagas) convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.

[...]

5. Recurso Ordinário não provido.¹

ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - NECESSIDADE DO PREENCHIMENTO DE VAGAS, AINDA QUE EXCEDENTES ÀS PREVISTAS NO EDITAL, CARACTERIZADA POR ATO INEQUÍVOCO DA ADMINISTRAÇÃO - DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO - PRECEDENTES.

1. A aprovação do candidato, ainda que fora do número de vagas disponíveis no edital do concurso, lhe confere direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo, se a Administração Pública manifesta, por ato inequívoco, a necessidade do preenchimento de novas vagas.

2. A desistência dos candidatos convocados, ou mesmo a sua desclassificação em razão do não preenchimento de determinados requisitos, gera para os seguintes na ordem de classificação direito subjetivo à nomeação, observada a quantidade das novas vagas disponibilizadas.

3. Hipótese em que o Governador do Distrito Federal, mediante decreto, convocou os candidatos do cadastro de reserva para o preenchimento de 37 novas vagas do cargo de Analista de Administração Pública - Arquivista, gerando para os candidatos subsequentes direito subjetivo à nomeação para as vagas não ocupadas por motivo de desistência. 4. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.²

Ainda, no que pertine a esse entendimento, é importante destacar que, mesmo ocorrendo a contratação de servidores com vínculo precário, o candidato **deve comprovar a existência de cargos vagos**, para fazer jus ao direito subjetivo de ser nomeado.

¹ RMS 34369/PI, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/10/2011, DJe 24/10/2011.

² RMS 32105/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/08/2010, DJe 30/08/2010.

Nessa perspectiva, destaco a evolução da jurisprudência do próprio STJ sobre a matéria:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO DO JULGADO. ACOLHIMENTO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE OFICIAL DE APOIO JUDICIAL (CLASSE D). APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. INEXISTÊNCIA DE CARGOS VAGOS.

[...]

2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o candidato aprovado fora do número de vagas possui direito de ser nomeado, caso demonstre a existência de cargos vagos, bem como a ocorrência de efetiva preterição de seu direito, em razão da contratação de servidores temporários.

[...]

5. Apesar de ter sido demonstrada a efetiva contratação precária dos impetrantes para o exercício da função pública de Oficial de Apoio Judicial, cargo para o qual foram aprovados fora do número de vagas, o que induziria a preterição, verifica-se que não há cargos vagos a serem preenchidos e que as contratações ocorreram com a finalidade de suprir a necessidade temporária do Tribunal, em razão dos afastamentos transitórios dos titulares, o que afasta a convalidação da expectativa de direito dos candidatos, ora embargados.

6. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para negar provimento ao recurso ordinário.³

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRETERIÇÃO DEMONSTRADA. CARGO VAGO. INEXISTÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO EFETIVO ENCONTRA-SE CEDIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o candidato aprovado fora do número de vagas possui direito de ser nomeado, caso demonstre a existência de cargos vagos, bem como a ocorrência de efetiva preterição de seu direito, em razão da contratação de servidores temporários.

[...]

3. No presente caso, apesar de ter sido demonstrada a efetiva contratação de temporário que induziria a preterição, não houve a comprovação acerca da existência de cargo vago, uma vez que o

³ EDcl nos EDcl no RMS 35.459/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 20/08/2013.

servidor efetivo, ocupante do cargo em questão, está cedido, o que afasta a convocação da expectativa de direito do candidato, ora recorrente.

4. Agravo regimental não provido.⁴

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. OCORRÊNCIA DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. CARGO VAGO. INEXISTÊNCIA. VERIFICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ.

[...]

3. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o candidato aprovado fora do número de vagas possui direito de ser nomeado, caso demonstre a existência de cargos vagos, bem como a ocorrência de efetiva preterição de seu direito, em razão da contratação de servidores temporários.

4. No presente caso, a Corte de origem afirmou a existência de contratação temporária a partir de uma seleção simplificada. Porém, decidiu pela inexistência de preterição, uma vez que não restou demonstrada a existência de cargo efetivo vago de professor auxiliar (fls. 218). A contratação, em caráter excepcional, não é suficiente a garantir a existência de vaga. O que se extrai pelas afirmações do órgão julgador de origem é que o quadro funcional para o cargo em questão se encontra totalmente preenchido, inclusive com a nomeação da candidata que precede a Recorrente na classificação geral para a única vaga prevista no edital. Assim, a inexistência de vaga disponível não pode ser suprida a critério do julgador, impedido que está de desempenhar função legislativa.

5. Mesmo que se entenda que a Universidade Federal de Alagoas - UFAL tenha carência de professor na área de Direito Comercial, como parece demonstrar a contratação temporária de professor substituto para esta área, tal fato, por si só, não tem o condão de criar novos cargos públicos a viabilizar a referida nomeação, providência reservada à lei de iniciativa, no âmbito federal, do Presidente da República, conforme dispõe o art. 61, § 1º, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal.

6. A análise da pretensão recursal, com a conseqüente reversão do entendimento do acórdão recorrido acerca da existência de cargo vago, exige, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 desta Corte Superior.

⁴ AgRg no RMS 40.676/AC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2013, DJe 11/06/2013.

7. Agravo regimental não provido.⁵

In casu, embora conste nos autos que a Administração Pública optou por formalizar a contratação, de forma precária (f. 177/205), de servidores temporários para exercerem a mesma função do cargo de motorista, **não há prova de que esses servidores ocuparam cargo efetivo, criado por lei, durante a validade do certame.**

Ante o exposto, **dou provimento à remessa oficial** para reformar a sentença de mérito, denegando a segurança pretendida pelo impetrante. Condeno-o ao pagamento das custas processuais, a serem arcadas nos termos do artigo 12 da Lei n. 1.060/50.

É como voto.

Presidiu a Sessão o Excelentíssimo Desembargador **OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO**, que participou do julgamento com **ESTE RELATOR** (Juiz de Direito Convocado, em substituição à Excelentíssima Desembargadora MARIA DAS NEVES DO EGITO DE A. D. FERREIRA) e com o Excelentíssimo Desembargador **ABRAHAM LINCOLN DA CUNHA RAMOS**.

Presente à Sessão o Excelentíssimo Doutor **VALBERTO COSME DE LIRA**, Procurador de Justiça.

Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa/PB, 01 de julho de 2014.

Juiz Convocado JOÃO BATISTA BARBOSA
Relator

⁵ AgRg no REsp 1368511/AL, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2013, DJe 11/06/2013.