



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
GABINETE DO DES. SAULO HENRIQUES DE SÁ E BENEVIDES

DECISÃO MONOCRÁTICA

Remessa Oficial e Apelação Cível nº 0000578-95.2014.815.0351 — 1ª Vara da Comarca de Sapé.

Relator : Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides
Apelante : Município de Sapé
Procurador : Natália Ferreira Teófilo
Apelado : Rômulo Luiz da Silva Panta
Advogado : Alberto Jorge Souto Ferreira e José Alves da Silva Neto
Remetente : Juízo da 1ª Vara da Comarca de Sapé.

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PREENCHIMENTO DAS VAGAS OFERTADAS NO EDITAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO FORA DAS VAGAS. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE CARGOS VAGOS. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E DA CORTE DOMÉSTICA. PROVIMENTO DOS RECURSOS.

— *O STJ entende que o candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas oferecido no edital possui mera expectativa à nomeação, apenas adquirindo esse direito caso haja comprovação do surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso público. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1216937/DF, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 07/03/2012)*

Vistos, etc.

Trata-se de Remessa Oficial e Apelação Cível oriundas da sentença de fls. 102/106, proferida pelo juiz da 1ª Vara da Comarca de Sapé, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por **Rômulo Luiz da Silva Panta** em face de ato considerado ilegal do Prefeito do Município de Sapé, visando a sua nomeação em decorrência da contratação precária de servidor para exercer as mesmas funções do cargo para o qual concorreu.

Na ocasião, o magistrado de primeiro grau concedeu a segurança e determinou que o impetrado adote as providências necessárias à nomeação do impetrante para o cargo de Professor P2 – Geografia.

Em suas razões recursais (fls. 110/134), o Município de Sapé, em síntese, alega que não há nenhum professor P2 contratado temporariamente e, ainda que, a contratação

precária somente configuraria preterição de nomeação dos aprovados no concurso público – mesmo que fora do número de vagas, caso restasse provada a existência da vaga pretendida, o que não ocorreu nos autos. Pelo que requereu o provimento da apelação para denegar a ordem pretendida.

Contrarrazões às fls. 142/145.

Instada a se pronunciar, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 160/164).

É o relatório.

DECIDO

O impetrante se submeteu ao concurso público realizado pelo Município de Sapé para o cargo de Professor P2 – Geografia – para a Secretaria de Educação. O edital disponibilizava 01 vaga para o cargo, sem cadastro reserva (fl. 19), e o impetrante foi aprovado em 5º lugar, ou seja, fora do número de vagas disponibilizadas no edital (fl. 52).

Até o ajuizamento da ação, foram nomeados 02 candidatos (fl. 54/55). No entanto, segundo afirma o impetrante, o Município prefere manter pessoas contratadas excepcionalmente, cerca de 04, no cargo de professor P1, porém exercendo a função de professor P2, conforme folha de ponto de fls. 60/67.

Na sentença, o magistrado *a quo*, julgou procedente o pedido por entender que o Município mantém contratados em função idêntica à dos candidatos aprovados, de modo que o impetrante deve ser nomeado e empossado.

Pois bem.

Afirma o impetrante que a contratação de servidores de forma temporária (fls. 60/67) evidencia a necessidade de sua nomeação para, em caráter efetivo, ocupar o cargo ao qual concorreu no certame acima mencionado. É que as contratações alcançam a posição na qual se encontra o impetrante (5ª), e, em razão disso, afirma que tem direito à nomeação.

Anuncia nosso ordenamento jurídico que a criação de cargos públicos é prevista através de lei de iniciativa do Poder Executivo. **Todavia, não há notícia nos autos da criação de novos cargos durante o certame em questão, motivo este que esvazia o direito do impetrante.**

De acordo com as provas acostadas aos autos, verifica-se que o Estado/demandado convocou todos os aprovados dentro do número de vagas previstas no edital, inclusive ultrapassando esse número até a 2ª posição, cumprindo, assim, o que determinou a norma editalícia e promovendo mais nomeações a partir da efetiva necessidade do Poder Público.

Logo, no que pese a existência de contratações precárias, **seria necessária a demonstração da existência de cargos vagos cujo preenchimento se dê por concurso público.** Isto, entretanto, não ficou patente, de forma que a presente pretensão se caracteriza como mera expectativa de direito.

Ademais, as contratações precárias dos autos se deram em cargo de professor P1, diverso daquele para o qual concorreu o impetrante (Professor P2).

Corroborando a tese aqui esposada, a jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que o **candidato** deixa de ter mera expectativa de direito para adquirir direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi habilitado, caso se comprove: a) quebra da ordem classificatória, b) contratação temporária para preenchimento de vagas existentes ou c) **surgimento de novas vagas, seja por criação de lei ou por força de vacância durante o prazo de validade do certame.**

Veja-se:

84039378 - ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. SERVIDOR ESTADUAL. APROVAÇÃO FORA DAS VAGAS. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA SUBSTITUIÇÃO DE SERVIDOR AFASTADO POR LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. INEXISTÊNCIA. VAGA PARA NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES. 1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a segurança ao pleito mandamental de nomeação de candidata aprovada fora da única vaga prevista, que alegava preterição por contratação temporária pretérita. 2. A recorrente foi aprovada em 2º lugar no concurso público para uma única vaga no cargo de médico especialista em anatomia patológica, regrado pelo edital ses n. 001/2012; porém, havia uma contratação temporária, efetivada antes da realização do concurso público, regrada pelo edital ses n. 075/2009. 3. A Constituição Federal. No inciso IX do art. 37. E a Constituição Estadual. No § 2º do art. 21. Determinam a edição de Lei para reger as contratações temporárias. No estado de Santa Catarina, a Lei complementar n. 260/2004 prevê equilíbrio entre a demanda temporária e a manutenção da exigência constitucional insculpido no [art. 37, II da Carta Magna](#). **De concurso público prévio para o provimento em cargos públicos efetivos.** 4. **Do exame dos autos não se verifica a burla aos dispositivos jurídicos. A impetrante foi aprovada fora da única vaga prevista, tendo sido a contratação temporária pretérita ao concurso público e, ainda mais, fundada em motivo público comprovado, ou seja, garantir o suprimento de serviço na falta de servidor afastado para fruição de licença para tratamento de saúde. A jurisprudência do STJ firma a necessidade de demonstração da ilegalidade da contratação temporária, para caracterizar a burla à expectativa de direito do candidato.** Precedente: RMS 44.191/to, Rel. Ministro og fernandes, segunda turma, dje 18.12.2013. 5. Também é necessária a comprovação da existência de cargo vago, o que não ocorre, pois a contratação temporária se deu para substituir servidor afastado por motivo de saúde e, logo, não existe a desocupação da vaga pretendida. Precedentes: RMS 44.475/ba, Rel. Ministro mauro campbell marques, segunda turma, dje 27.2.2014; e AGRG no RMS 40.676/ac, Rel. Ministro mauro campbell marques, segunda turma, dje 11.6.2013. Recurso ordinário improvido. (STJ; RMS 45.529; Proc. 2014/0110510-3; SC; Segunda Turma; Rel. Min. Humberto Martins; DJE 30/10/2014)

11881769 - 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. 2. Consoante destacado pelo tribunal a quo e nas informações prestadas pela secretaria de educação "(...) o cargo pretendido pelo impetrante ainda está ocupado pelo Sr. Jeferson Henrique, então candidato aprovado no concurso em que concorreu o impetrante e onde atingiu a posição de primeiro lugar no cadastro de reserva. O Sr. Jeferson Henrique atualmente está lotado em uma entidade ensino no município de capixaba/ac, onde exerce temporariamente a função de diretor, posto que foi cedido pelo governo estadual. Ou seja,

em que pese não estar de fato exercendo o cargo em que foi nomeado, o Sr. Jeferson Henrique nele permanece, o que caracteriza-o como preenchido, ao revés do que supunha o impetrante. " (fl. 91). 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 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. (STJ; AgRg-RMS 40.676; 2013/0010253-9; Segunda Turma; Rel. Min. Mauro Campbell Marques; DJE 11/06/2013; Pág. 734)

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. 2. Consoante destacado pelo tribunal a quo e nas informações prestadas pela secretaria de educação "(...) o cargo pretendido pelo impetrante ainda está ocupado pelo Sr. Jeferson Henrique, então candidato aprovado no concurso em que concorreu o impetrante e onde atingiu a posição de primeiro lugar no cadastro de reserva. O Sr. Jeferson Henrique atualmente está lotado em uma entidade ensino no município de capixaba/ac, onde exerce temporariamente a função de diretor, posto que foi cedido pelo governo estadual. Ou seja, em que pese não estar de fato exercendo o cargo em que foi nomeado, o Sr. Jeferson Henrique nele permanece, o que caracteriza-o como preenchido, ao revés do que supunha o impetrante. " (fl. 91). 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 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. (STJ; AgRg-RMS 40.676; 2013/0010253-9; Segunda Turma; Rel. Min. Mauro Campbell Marques; DJE 11/06/2013; Pág. 734)

Esta Corte de Justiça mantém o entendimento:

56071944 - APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. LICENCIATURA EM HISTÓRIA. CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CARGO EFETIVO VAGO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO. O candidato aprovado em certame, fora do número das vagas oferecidas no instrumento convocatório, possui mera expectativa de direito à nomeação, apenas adquirindo direito subjetivo se comprovado o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso público, assim como, o interesse da administração pública em preenchê-las. (TJPB; APL 0004678-67.2013.815.0371; Terceira Câmara Especializada Cível; Relª Desª Maria das Graças Morais Guedes; DJPB 10/03/2015; Pág. 14)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. Mandado de segurança. Concurso público. Candidata classifica- da fora do número de vagas prevista no edital. Nomeação. Expectativa de direito. Alegação de contratação precária de terceiros. Ausência de provas quanto à existência de cargos vagos na estrutura administrativa do ente público. Demonstração de apenas uma contratação precária. Nomeação. Ausência de direito líquido e certo. Ato discricionário. Jurisprudência dominante do STJ e tj-pb. Denegação da segurança. **A jurisprudência dominante no STJ, bem como nesta corte de justiça, posiciona-se no sentido de que a mera contratação temporária de terceiros não autoriza, por si só, a nomeação de candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital**, sendo imprescindível a comprovação de três requisitos: 1) a existência de cargo vago na estrutura administrativa do ente público; 2) a contratação de terceirizados para a prestação dos mesmos serviços durante o prazo de validade do certame; e 3) o número de contratações suficientes a alcançar a colocação do candidato. **Ausentes as provas quanto à**

existência de cargos vagos, e sendo demonstrado que as contratações em questão foram realizadas em anos anteriores à realização do certame, é imperioso reconhecer que a promovente possui mera expectativa de direito à nomeação. (TJPB; MS 999.2013.001.844-6/001; Tribunal Pleno; Rel. Des. José Aurélio da Cruz; DJPB 04/02/2014; Pág. 15)

56062211 - MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS PELO EDITAL. VAGA DEVIDAMENTE PREENCHIDA POR CANDIDATA APROVADA. NÃO COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE MAIS CARGOS CRIADOS POR LEI. INEXISTÊNCIA DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. **A não comprovação da existência de cargo vago criado por Lei impede a concessão da ordem para a nomeação de candidato aprovado fora do número de vagas, além da existência de prova nos autos do preenchimento do cargo previsto no edital.** (TJPB; MS 2001565-20.2013.815.0000; Tribunal Pleno; Rel. Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque; DJPB 15/07/2014; Pág. 9)

Assim, não se pode reconhecer o direito à nomeação do impetrante/apelado, tendo em vista a ausência da demonstração de cargos vagos criados por lei,

In casu, diante da ausência de prova pré-constituída suficiente à demonstração da liquidez e certeza do direito invocado, a denegação da segurança é medida que se impõe, merecendo reforma o *decisum* vergastado.

Convém ressaltar, ainda, que a ordem classificatória deve ser observada, posto que ainda que houvesse a disponibilidade de cargo, a demandante não teria direito de ser nomeada ultrapassando os demais candidatos em melhor classificação.

Ante o exposto, **dou provimento aos recursos**, com base no art. 557 §1º- A do CPC, para reformar a sentença proferida pelo juízo *a quo*, julgando improcedente o pedido exposto na inicial.

Condene o autor ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais) e das custas processuais, observando-se o art.12 da Lei 1060/50, considerando tratar-se de beneficiário da gratuidade processual.

Publique-se. Intimem-se.

João Pessoa, 20 de outubro de 2015.

Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides
RELATOR