ACÓRDÃO

MANDADO DE SEGURANÇA N.º 2001547-96.2013.815.0000

Relatora	:	Desa. Maria das Graças Morais Guedes
Impetrante	:	Adelson Pereira da Silva
Advogado	:	Gilvania Dias da Silva
Impetrado	:	Governador do Estado da Paraíba

PRELIMINAR. CARÊNCIA DE AÇÃO. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA. LIAME JURÍDICO COMPROVADO POR DOCUMENTO. INSTRUMENTO CONTIDO NA RELAÇÃO PROCESSUAL. INCIDÊNCIA DA TEORIA DA ASSERÇÃO. **REJEIÇÃO.**

Existindo a prova pré-constituída relativa aos elementos fáticos delineados na ação mandamental, desde que preenchido os demais requisitos previstos na norma processual, impõe o recebimento da petição inicial, afastando, via de consequência, a configuração do vício suscitado para a extinção do processo sem resolução de mérito, considerando a incidência da teoria da asserção.

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE PROFESSOR DE EDUCAÇÃO BÁSICA 3 – GEOGRAFIA, DA CIDADE DE ALHANDRA. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA. CANDIDATO COLOCADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS NO EDITAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE CARGO VAGO. PROCEDIMENTO ESCOLHIDO QUE EXIGE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DOS FATOS PONTUADOS NA EXORDIAL. AUSÊNCIA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO ALEGADO. **DENEGAÇÃO DA**

ORDEM.

A contratação precária por si só não denota a necessidade de a administração nomear o candidato classificado fora do número de vagas ofertadas no edital ou que o cargo vago existe, porquanto a criação de cargo público precede a existência de lei.

Retratam os instrumentos colacionados nestes autos que o impetrante não se desincumbiu do ônus de demonstrar o direito líquido e certo especificado na exordial, notadamente no que diz respeito à existência de cargo vago no local para o qual se inscreveu no certame.

VISTOS, relatados e discutidos os autos acima referenciados.

ACORDA o egrégio Tribunal Pleno, seguindo o voto da Relatora, à unanimidade, **em rejeitar a preliminar e, no mérito, denegar a ordem.**

RELATÓRIO

Adelson Pereira da Silva impetra Mandado de Segurança contra omissão do **Governador do Estado da Paraíba** consubstanciada na ausência de sua nomeação no cargo Professor de Educação Básica 3, na disciplina Geografia, da cidade de Alhandra.

Afirma que foi classificado na quarta colocação do Concurso Público realizado pela Secretaria de Educação deste Estado, que ofereceu duas vagas para o cargo a que concorreu, e que em 24/01/2013 foram nomeados os dois candidatos aprovados.

Sustenta que o concurso foi homologado em 23/01/2013, que não houve prorrogação do seu prazo de validade, e que obteve certidão oriunda da Secretaria de Educação, atestando que havia 10 (dez) professores contratados de forma precária para lecionar a disciplina Geografia no município de Alhandra, especificando que, desde o ano de 1991, o Estado contrata professor, sob a justificativa de excepcional interesse público, para ministrar aulas de Geografia nas escolas estaduais do município para o qual foi classificado no certame.

Aduz que faz jus à nomeação em razão da existência das contratações precárias, e essa circunstância denota a necessidade da administração

pública em relação ao preenchimento de cargos de geografia no município, bem como a preterição da ordem classificatória, e a violação das regras do concurso público, transformando a mera expectativa em direito líquido certo.

Sustenta que estão presentes os aspectos para a concessão de liminar, delineando que a fumaça do bom direito seria a configuração do direito líquido e certo, e o perigo da demora se revela pelo prejuízo suportado, em virtude da omissão da autoridade coatora.

Requer o impetrante a concessão da liminar com a finalidade de suspender o ato de preterição, assegurando-lhe a nomeação, e, no mérito, pugna pela concessão da ordem para ratificar a liminar, tornando definitiva a edição do ato de nomeação.

A liminar pleiteada foi indeferida, f. 123/134, e este Órgão negou provimento ao agravo interno interposto pelo impetrante, conforme acórdão de f. 166/168.

Argui o Estado da Paraíba, preliminarmente, a configuração da carência da ação, por ausência de apresentação da prova pré-constituída relativa à omissão delineada na exordial no momento da impetração da demanda, motivo porque pleiteia a extinção do processo sem resolução de mérito, na forma do art. 10, da Lei Federal n° 12.016/09.

No mérito, assevera inexistir a materialização da ilegalidade suscitada pelo impetrante, que foi classificado em posição superior ao número de vagas ofertadas no edital, por ter nomeado candidatos aprovados, razão pela qual sustenta não ocorrer a caracterização do direito líquido e certo alegado.

Pontifica que a intenção do demandante não ultrapassa os limites da mera expectativa de direito, e que tem discricionariedade para editar o ato de nomeação questionado, considerando que inexistiu preterição de qualquer candidato e a demonstração da contratação temporária.

Aduz que, após afirmar a efetividade dos postulados constitucionais sob a ótica do pós-positivismo, submete-se aos princípios norteadores da administração pública e, por consequência, às normas fixadas no edital, pugnando pela denegação da ordem.

O Ministério Público opina pela denegação da ordem, por entender que o impetrante não comprovou o surgimento de novas vagas que alcançasse a posição por ele obtida no certame, f. 175/180.

É o relatório.

VOTO.

Exma. Desa. Maria das Graças Morais Guedes – Relatora.

1 – Preliminar de carência da ação

Argui o Estado da Paraíba, preliminarmente, a configuração da carência da ação, por ausência de prova pré-constituída no momento da impetração da demanda, razão pela qual pleiteia a extinção do processo sem resolução de mérito, na forma do art. 10, da Lei Federal n° 12.016/09.

A materialização ou não do vício alegado pelo Estado da Paraíba no que diz respeito à carência da ação deve ser ponderado de acordo com os contornos traçados pela teoria da asserção, significando dizer que será feita sob a luz do que foi especificado pelo autor na exordial abstratamente, sem analisar o mérito, admitindo-se em caráter provisório a veracidade das afirmativas expostas.

No caso concreto, o impetrante sustenta ter direito líquido e certo à nomeação, invocando como causa de pedir da edição do ato em questão a existência de contratação precária de professores para lecionar a disciplina Geografia no município de Alhandra.

A prova pré-constituída alegada de ausente está inserta nos autos às f. 60/72, inclusive essa circunstância fática foi ponderada para fins de recebimento da exordial por este órgão judicial.

Posto isso, **REJEITO A PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO** arguida pela Procuradoria do Estado.

2- Mérito

Sustenta o impetrante que faz jus à expedição do ato de nomeação, alegando que, após afirmar que foi classificado na quarta posição no certame que ofereceu duas vagas para o cargo de professor da disciplina de geografia no município de Alhandra, existem dez pessoas contratadas para desempenharem essa função pública na localidade para onde concorreu.

Retratam os instrumentos colacionados nos autos que o impetrante deixou de demonstrar o direito líquido e certo especificado na exordial, notadamente no que diz respeito à existência de cargos de professor da disciplina de geografia vagos no município de Alhandra.

A contratação precária por si só não denota a necessidade de a administração nomear o candidato classificado fora do número de vagas ofertadas no edital ou que o cargo vago existe, porquanto a criação de cargo

público precede a existência de lei.

Outrossim, o vínculo público temporário, fundamentado no art. 37, IX, da Constituição da República, não pressupõe a existência de cargos efetivos disponíveis, haja vista que a admissão no serviço ocorre, não para assumir um cargo ou emprego público, mas para exercer função pública marcada pela transitoriedade e excepcionalidade, devidamente justificada pelo interesse público.

O Superior Tribunal de Justiça segue firme no mesmo entendimento, conforme julgado com destaque em negrito no que interessa:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.1. Discute-se no mandamus o direito à nomeação de candidata classificada fora do número de vagas em concurso para o cargo de Técnico em Enfermagem do Estado do Tocantins.2. **A jurisprudência do STJ manifesta-se pela necessidade de que o candidato aprovado fora do número de vagas constante do edital comprove, de maneira efetiva, a existência de cargos vagos e a contratação ilegal de servidores temporários em quantitativo suficiente para a nomeação, o que não ocorreu na espécie**.3. No caso, a candidata obteve a 1.667ª colocação no concurso para o preenchimento de 135 vagas e formação de cadastro de reserva, não havendo nos autos elementos suficientes para demonstrar a preterição do direito de ser nomeada.4. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.(RMS 44.191/TO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 18/12/2013)
>
> ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR. CADASTRO DE RESERVA. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. POSTERIOR CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VAGAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. AUSÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Busca-se no mandamus o reconhecimento do direito à nomeação no cargo de professor do ensino fundamental, em virtude da aprovação em concurso público realizado pela Secretaria de Estado de Educação de Mato Grosso. A recorrente foi classificada na quinta colocação em certame público que oferecia o preenchimento de duas vagas, tendo sido inserida no cadastro de reserva. Durante o prazo de validade do concurso, houve a contratação temporária de onze professores, razão pela qual a recorrente sustenta ter sido preterida no seu direito à nomeação no cargo público. 2. O candidato inscrito em cadastro de reserva possui mera expectativa à nomeação, apenas adquirindo esse direito caso haja a comprovação do surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso público. Precedentes. **3. A contratação temporária fundamentada no art. 37, IX, da Constituição da República não implica necessariamente o reconhecimento de haver cargos**

> **efetivos disponíveis. Nesses casos, a admissão no serviço ocorre, não para assumir um cargo ou emprego público, mas para exercer uma função pública marcada pela transitoriedade e excepcionalidade, devidamente justificada pelo interesse público. 4. Na hipótese, a impetrante não logrou demonstrar a existência de cargos efetivos vagos durante o prazo de validade do concurso ao qual se submeteu, de sorte que não houve a comprovação de plano do direito líquido e certo à nomeação.** O argumento de que, logo após o término da validade do concurso anterior, publicou-se edital para o preenchimento de novos cargos de professor não foi devidamente comprovado nos autos, não havendo informações sobre a efetiva abertura desse concurso, a quantidade de vagas existentes, os locais de provimento, etc.5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.(RMS 31.785/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 28/10/2010)

Outro não é o entendimento deste Tribunal de Justiça, conforme julgado que transcrevo:

> REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS NO EDITAL. CONTRATAÇÃO DE TERCEIROS A TÍTULO PRECÁRIO PARA A MESMA FUNÇÃO. PRETERIÇÃO NÃO CONFIGURADA. CONTRATADOS QUE NÃO OCUPAM CARGO. INEXISTÊNCIA DE VAGA A SER PROVIDA. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO NA NOMEAÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROVIMENTO DO RECURSO OFICIAL. AUTORIZAÇÃO EMANADA DO ART. 557, §1°-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. - 0 candidato aprovado em certame, fora do número de clarões oferecidos no edital, possui mera expectativa à nomeação, somente adquirindo direito subjetivo se comprovado o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso público, bem corno o interesse da Administração Pública em preenchê-las. - A celebração de contrato administrativo temporário, para exercício de função referente a cargo efetivo para o qual o candidato se classificou, em concurso público, corno excedente ao número de vagas existentes, não lhe gera o direito à nomeação, eis que tal criação cargo só pode decorrer de lei. - Inexiste preterição na convocação de candidato aprovado fora do montante de vagas oferecidas pelo edital quando a Administração efetuar contratações temporárias para aquela mesma função, pois a extinção do vínculo contratual não faria surgir cargo para a nomeação pretendida. Não é a simples contratação temporária de terceiros no prazo de validade do certame que gera direito subjetivo do candidato aprovado à nomeação. Impõe-se que se comprove que essas contratações n ocorreram, não obstante existissem cargos de provimento efetivo desocupados. STJ. RMS 33875 / MT. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. J. Em 19/06/2012. - Ao exercerem apenas uma função, os servidores eventualmente requisitados de outros órgãos não ocupam nenhum dos cargos pertencentes ao quadro do órgão requisitante. TJPB. Tribunal Pleno. MS n° 999.2009.000162-2/001. Rel. Dr. Miguel de Britto Lyra Filho, Juiz de Direito Convocado. J. em 17/06/2009. - A contratação temporária fundamentada no art. 37, IX, da Constituição da República não implica necessariamente o reconhecimento de haver cargos efetivos disponíveis.

> Nesses casos, a admissão no serviço ocorre, não para assumir um cargo ou emprego público, mas para exercer uma função pública marcada pela transitoriedade e excepcionalidade, devidamente justificada pelo interesse público. STJ. AgRg no RMS 34186 / MG. Rel. Min. Castro Meira. J. Em 04/10/2011. TJPB - Acórdão do processo nº 20020110280563001 - Órgão (TRIBUNAL PLENO) - Relator José Ricardo Porto - j. em 25/03/2013

Inexistindo a demonstração dos fatos alegados, sendo necessário ressaltar que o impetrante fora aprovado além do número de vagas ofertadas no edital do certame, não há liquidez e certeza do direito, o que impõe a denegação da ordem.

Com essas considerações, **REJEITADA A PRELIMINAR**, no mérito, **DENEGO A SEGURANÇA.**

É como voto.

Presidiu o julgamento o Excelentíssimo Senhor Desembargador José Ricardo Porto (Vice-Presidente), na ausência eventual do Excelentíssimo Desembargador Presidente Marcos Cavalcanti de Albuquerque, (Presidente), e dele participaram, além desta Relatora, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Leandro dos Santos, Oswaldo Trigueiro do Vale Filho, Abraham Lincoln da Cunha Ramos, Ricardo Vital de Almeida (Juiz convocado), Saulo Henriques de Sá e Benevides, Romero Marcelo da Fonseca Oliveira, João Alves da Silva, Marcos William de Oliveira (Juiz convocado), Joás de Brito Pereira Filho, João Batista Barbosa (Juiz convocado). Ausentes justificadamente, os Excelentíssimos Desembargadores José Aurélio da Cruz, Arnóbio Alves Teodósio (Corregedor-Geral de Justiça), Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, José Guedes Cavalcanti Neto (Juiz convocado), Maria das Neves do Egito de Araújo Duda Ferreira e Luiz Sílvio Ramalho Júnior.

Presente à Sessão o Exmo. Sr. Dr. José Raimundo de Lima, Sub-Procurador Geral de Justiça do Estado da Paraíba.

Sala de Sessões do Egrégio Tribunal Pleno, Sessão Ordinária do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em 25 de março de 2015.

João Pessoa-PB, 27 de março de 2015.

Desa. Maria das Graças Morais Guedes
Relatora