



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba
Gabinete Des. Maria das Graças Morais Guedes

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001049-53.2013.815.0511

Origem : Comarca da Pirpirituba
Relatora : Desembargadora Maria das Graças Morais Guedes
Agravante : Município de Serra da Raiz
Advogado : José Rodrigues da Silva
Agravado : Auriane da Silva Brito
Advogado : Luzimário Gomes Leite

APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE ASSISTENTE SOCIAL. CADASTRO DE RESERVA. IMPETRANTE APROVADA NA SEGUNDA COLOCAÇÃO. CONVOCAÇÃO DA PRIMEIRA COLOCADA. EXISTÊNCIA DE CONTRATAÇÃO PRECÁRIA PARA O MESMO CARGO. SITUAÇÃO QUE POR SI SÓ É INSUFICIENTE A CONFIGURAR O DIREITO À NOMEAÇÃO. NÃO COMPROVADA A EXISTÊNCIA OU SURGIMENTO DE VAGA EFETIVA NOS QUADROS DA EDILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. PROVIMENTO.

Segundo entendimento dominante nos tribunais superiores, o candidato aprovado fora do número de vagas possui uma mera expectativa de direito à nomeação, que somente convola-se em direito líquido e certo se comprovada a existência de novas vagas durante o certame, bem assim a necessidade do serviço.

O direito líquido e certo à nomeação, para os candidatos aprovados fora do número de vagas ou em cadastro de reserva, somente exsurge quando comprovadas, de forma cabal e cumulativa, a preterição por parte da administração, consistente na contratação precária de pessoal, durante a validade do certame, para a mesma função, bem como a existência de cargos efetivos vagos dentro do quadro do ente público.

VISTOS, relatados e discutidos os autos acima referenciados.

A C O R D A a egrégia Terceira Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade, em **DAR PROVIMENTO AO RECURSO APELATÓRIO, denegando a segurança pleiteada na inicial.**

R E L A T Ó R I O

Trata-se de **Apelação Cível** interposta pelo **Município de Serra da Raiz**, contra sentença prolatada pelo Juízo da Comarca de Pirpirituba que – nos autos do Mandado de Segurança impetrado por **Auriane da Silva Brito** – julgou procedente o pedido exordial para conceder a segurança pleiteada, determinando à autoridade coatora a nomeação da autora para exercer o cargo de Assistente Social nos quadros da Edilidade, em razão da aprovação no certame público (Edital 001/2012).

Em suas razões, fls. 92/98, apelante afirma que o concurso foi para cadastro de reserva em relação ao cargo de Assistente Social.

Aduz que a primeira colocada foi nomeada, no entanto não houve criação de mais cargos.

Sustenta que a contratação de uma assistente social de

forma precária ocorreu em momento anterior ao certame, bem como foi para atender um programa específico do CRAS/Governo Federal. Nesse sentido, afirma que a contratação deu-se de forma temporária e específica, findando o contrato em 2014, por ter atingido a sua finalidade.

Pede o provimento do recurso apelatório, para que seja reformada a sentença recorrida.

A recorrente não apresentou contrarrazões, conforme certidão de fls. 102.

A Procuradoria de Justiça, em Parecer de fls. 108/112, opina pelo provimento do apelo, para que seja denegada a segurança pleiteada.

É o relatório.

V O T O

**Exma. Desa. Maria das Graças Morais Guedes -
Relatora**

Infere-se dos autos que Auriane da Silva Brito foi classificada na 2ª posição para o cargo de Assistente Social no concurso realizado pela Prefeitura Municipal de Serra da Raiz, Edital nº 001/2012.

O certame não ofereceu vagas efetivas para o cargo mencionado, classificando os candidatos apenas para cadastro de reserva.

Após homologação, foi nomeada a candidata classificada na primeira posição.

Diante da situação, a impetrante aduz a ocorrência de direito líquido e certo à nomeação, em virtude de ter sido aprovada na segunda posição e em razão da existência de contratação precária por parte

do município para a função de Assistente Social.

Pois bem.

Conforme entendimento consignado no âmbito dos Tribunais Superiores, a mera expectativa de direito à nomeação dos candidatos aprovados fora do número de vagas convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, o impetrante demonstra a existência de vagas, bem como há contratação de pessoal de forma precária, em preterição daqueles que estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.

Nesse sentido, vejamos:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE ASSESSOR TÉCNICO. CONTRATOS TEMPORÁRIOS, PARA O MESMO CARGO, DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. 1. **O Superior Tribunal de Justiça entende 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.** 2. Caso em que a impetrante obteve a 145ª colocação no certame, tendo-se inicialmente ofertadas 70 (setenta) vagas e posteriormente mais 80 (oitenta), totalizando 150 (cento e cinquenta) vagas. 3. Os documentos de fls. 636-1.809 permitem concluir que, efetivamente, após a homologação dos resultados do concurso a que se submeteu a recorrente, mais de trezentos terceirizados foram ilegalmente contratados para o exercício do mesmo cargo para o qual foi aprovada. 4. "(...) A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior,

não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresse do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. (...)" (RE 837.311/PI, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 9.12.2015, Processo eletrônico de Repercussão Geral - Mérito, publicado no DJe-072 em 18.4.2016). 5. Recurso Ordinário provido. (STJ - Recurso em Mandado de Segurança Nº 47.559 - RJ – Segunda Turma, à unanimidade – Relator: Ministro Herman Benjamin – Pub. DJe 29/09/2016) destaquei

Assim, para que reste configurada a preterição do candidato aprovado em certame público fora das vagas ou em cadastro de reserva, é necessária a demonstração cabal de dois requisitos, de forma cumulativa: primeiro, a existência de vagas efetivas, criadas por lei; segundo, que ocorra preterição imotivada, como é o caso da contratação irregular ocorrida durante a vigência do concurso e para o mesmo cargo pleiteado.

Não se deve confundir as contratações precárias com o provimento de cargos públicos efetivos. No caso dos autos, a impetrante não comprovou a existência de vagas no quadro permanente da Edilidade.

A contratação precária inciou-se antes da vigência do concurso e deu-se em caráter temporário, com prazo determinado. Ademais, este fato não seria suficiente para fazer exsurgir o direito líquido e certo da impetrante, em razão da não demonstração da existência de vagas efetivas para o cargo de Assistente Social.

Ressalte-se que a criação de cargos públicos nos quadros da administração pública submete-se à reserva legal. Assim, novas

vagas somente podem ser criadas por lei específica ou surgem em razão da vacância de cargos efetivos já existentes, nas hipóteses legais (aposentadoria, exoneração, etc.).

Para que não restem dúvidas, colaciono julgado do Superior Tribunal de Justiça, explanando de forma minuciosa o entendimento dos tribunais superiores a respeito da matéria. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO EM CADASTRO DE RESERVA. PRETERIÇÃO AO DIREITO DE NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA DE VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE TERCEIROS. INEXISTÊNCIA DE PRETERIÇÃO. RE 873.311/PI. REPERCUSSÃO GERAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO CABAL. ARBITRARIEDADE. FALTA DE MOTIVAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS. ILEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento, pelo regime da repercussão geral, do RE 837.311/PI, relator o Em. Ministro Luiz Fux, fixou a respeito da temática referente a direito subjetivo à nomeação por candidatos aprovados fora das vagas previstas em edital a seguinte tese: "O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, **o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: 1 - Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 - Quando houver**

preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3 - Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima." 2. Não comprovada de forma cabal, portanto, na forma do item 3 referido, a ocorrência de preterição arbitrária e imotivada, por parte da Administração Pública, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público, é correta a denegação da ordem mandamental. 3. **O referido julgado do Supremo Tribunal Federal não impede por completo o reconhecimento do direito no caso de candidatos aprovados fora do número de vagas previsto em edital, mas apenas exige em tal situação uma atuação processual mais robusta do candidato, impondo-lhe o ônus de provar de modo rigoroso a situação arbitrária e imotivada de preterição.** 4. A contratação de pessoal sem observância da regra constitucional do concurso público tem aptidão para configurar preterição imotivada e arbitrária, mas não há falar em necessária ilegalidade nessa conduta, porque o art. 37, inciso IX, da Constituição da República, confere essa habilidade ao Administrador Público, dentro das hipóteses da respectiva lei de regência, fazendo-se necessário, contudo, a observância dos requisitos estabelecidos no RE 658.026/MG, rel. Min. Dias Toffoli, julgado pelo regime da repercussão geral, a saber, que (a) os casos excepcionais estejam previstos em lei, (b) o prazo de contratação seja predeterminado, (c) a necessidade seja temporária, (d) o interesse público seja excepcional, e (e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração 5. Esclareça-se, neste último, que a contratação temporária para o exercício de funções relacionadas a cargos de natureza permanente, a atividades corriqueiras do Estado, embora indesejável, pode ou não caracterizar ilegalidade, a depender de configuradas ou não situações emergenciais e transitórias. 6. Nesse sentido, aliás, é a

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que assenta que a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público não constitui obrigatoriamente ato ilegal quando recair sobre funções relacionados a "cargos permanentes" e a atividades corriqueiras, ordinárias, desde que justificada a emergencialidade e o propósito de evitar solução de continuidade na prestação do serviço público. Em caso análogo, mas sobre a contratação temporária de professores, confira-se a ADI 3.721/CE (Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, Acórdão Eletrônico DJe-170 Divulg 12-08-2016 Public 15-08-2016). 7. Sendo assim, cumpria ao interessado demonstrar cabalmente, como indicado no RE 837.311/PI, que a contratação temporária de terceiros, no caso concreto, fugia à autorização constitucional, segundo a compreensão sufragada pelo Supremo Tribunal Federal, e que causava a preterição ao aventado direito à nomeação, sob pena de denegação da ordem. 8. **Observe-se ainda que a teor do que tratam os arts. 48, inciso I, 61, § 1.º, inciso II, alínea "a", e 169, § 1.º, incisos I e II, todos da Constituição da República, a criação e o provimento de cargos constituem matéria de reserva legal, que deverá observar outrossim prévia dotação orçamentária e autorização específica da lei de diretrizes orçamentárias. 9. Dessa forma, a circunstância de alguém ser contratado temporariamente, mesmo na conjectura de ilegalidade dessa contratação, não tem o condão de criar cargo nem vacância em favor de candidato aprovado em cadastro de reserva, porque cargo somente se cria por lei, atendidas as condições do art. 169 da Constituição. 10. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. (STJ - Recurso em Mandado de Segurança Nº 51.961 - MG (2016/0236098-3) – Segunda Turma, à unanimidade – Relator: Ministro Mauro Campbell Marques – Pub. DJe: 14/11/2016) destaquei**

Conforme explanado, o direito líquido e certo à nomeação, para os candidatos aprovados fora do número de vagas ou em

cadastro de reserva, somente exsurge quando comprovadas, de forma cabal e cumulativa, a preterição por parte da administração, consistente na contratação precária de pessoal, durante a validade do certame, para a mesma função, bem como a existência de cargos efetivos vagos dentro do quadro do ente público.

Com essas considerações, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO APELATÓRIO**, denegando a segurança pleiteada na inicial.

É como voto.

Presidi o julgamento, realizado na Sessão Ordinária desta Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, no dia 02 de maio de 2017. Participaram do julgamento, além desta Relatora, o Exmo. Sr. Exmo. Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides e Exmo. Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque. Presente à sessão, o Exmo. Dr. Alcides Orlando de Moura Jansen, Promotor de Justiça convocado.

Gabinete no TJPB, em João Pessoa, 04 de maio de 2017.

Desa. Maria das Graças Morais Guedes
RELATORA