



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA PARAÍBA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DO DES. JOSÉ RICARDO PORTO

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL N.º 0029073-54.2011.815.2001

RELATOR : Des. José Ricardo Porto
APELANTE : Maria da Conceição Araújo Costa
ADVOGADO : Ana Flávia Lins Souto
APELADO : Estado da Paraíba, representado pelo seu Procurador
Roberto Mizuki

APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. NUTRICIONISTA DO HOSPITAL DE EMERGÊNCIA E TRAUMA. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS NO EDITAL. CONTRATAÇÃO A TÍTULO PRECÁRIO. CONVOCAÇÃO POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. PRETERIÇÃO NÃO CONFIGURADA. CONTRATADOS QUE NÃO OCUPAM CARGO. ALEGAÇÃO DE EVENTUAIS DESISTÊNCIAS OU EXONERAÇÕES DE CANDIDATOS MAIS BEM COLOCADOS. INSUFICIÊNCIA DE INFORMAÇÕES. AUSÊNCIA DE CLARÕES ATÉ A COLOCAÇÃO DA DEMANDANTE. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA DE VAGA A SER PROVIDA. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO NA NOMEAÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO APELATÓRIO.

- O candidato aprovado em concurso público fora do número de clarões oferecido 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.

- A celebração de contrato administrativo temporário para exercício de função referente ao cargo efetivo para o qual o candidato se classificou em concurso público como 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.

- *“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 nº 999.2009.000162-2/001. Rel. Dr. Miguel de Britto Lyra Filho, Juiz de Direito Convocado. J. em 17/06/2009).

- *“No caso dos autos, entretanto, embora tenha havido a realização, no prazo de vigência do concurso, de processo seletivo para contratação temporária de professores, o impetrante não comprovou a existência de cargos vagos de provimento efetivo em número suficiente a alcançá-lo na lista de classificação, de modo que a simples existência de contratação precária e emergencial não gera direito à nomeação.”* (STJ. AgRgnoRMS33514/MA. Rel. Min. Ari Pargendler. J. em 02/05/2013).

- *“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 ocorreram, não obstante existissem cargos de provimento efetivo desocupados.”* (STJ. RMS 33875 / MT. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. J. em 19/06/2012).

- *“A contratação temporária fundamentada no artigo 37, IX, da Constituição da República não implica necessariamente no reconhecimento de haver cargos efetivos disponíveis, uma vez que, nesses casos, a admissão no serviço ocorre em decorrência de situações marcadas pela transitoriedade e excepcionalidade, devendo ser justificadas pelo interesse público.”* (STJ. AgRg no RMS 33822 / PB. Rel. Min. Benedito Gonçalves. J. em 17/05/2011).

- *“Em primeiro lugar, não caracteriza 'vacância de cargo' para fins de provimento pelos aprovados em concurso público o simples exercício de suas atribuições de forma precária por servidores designados.”* (STJ. RMS 32660 / RN. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. J. em 04/11/2010).

- *“A jurisprudência da Corte é no sentido de que a contratação precária mediante terceirização de serviço somente configura preterição na ordem de nomeação de aprovados em concurso vigente, ainda que fora do número de vagas previsto no edital, quando referida contratação tiver como finalidade o preenchimento de cargos efetivos vagos.”* (STF. ARE 756227 AgR / RN - RIO GRANDE DO NORTE . Rel. Min. Dias Toffoli. J. em 22/04/2014).

VISTOS, relatados e discutidos os autos acima referenciados.

ACORDA a Primeira Câmara Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, **por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, contra voto do Exmo. Des. Leandro dos Santos que dava provimento ao apelo e lavrará o voto vencido.**

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível (fls. 110/126), interposta por **Maria da Conceição Araújo Costa**, contra decisão exarada pelo Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Capital (fls. 143/145), nos autos da “**Ação Ordinária de Obrigação de Fazer Com Pedido Liminar de Antecipação de Tutela**”, movida em face do **Estado da Paraíba**.

Narra a promovente, na exordial, que fora aprovada em concurso público realizado pela Administração, para o cargo de Nutricionista/Hospital de Emergência e Trauma Senador Humberto Lucena, alcançando a 22ª (vigésima segunda) colocação, de um total de 06 (seis) oportunidades previstas no Edital. Após homologação do resultado final (Portaria nº 263/SEAD), foram preenchidas todas as vagas inicialmente previstas.

Afirma, ainda, que após exonerações a pedido, Administração mantém 01 (um) espaço não ocupado, bem como sustenta a ocorrência de 12 (doze) contratações temporárias para a mesma função do cargo em disceptação, fato que implica na sua nomeação, porquanto restou demonstrada a necessidade no provimento dos clarões, induzindo na existência de vagas.

Sobrevindo sentença, às fls. 106/108, o Magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido.

Irresignada, a promovente interpôs recurso, às fls. 110/126, reiterando a tese da sua preterição ante a ocupação precária do cargo disputado através de contratações temporárias, ao alegar que pela ordem de classificação encontra-se na 12ª colocação da atual fila de espera, enquanto resta demonstrada a existência de pelo menos 17 (dezessete) admissões precárias.

Por último, pede o provimento da sua irresignação, com a reforma da decisão de primeira instância.

Contrarrazões não apresentadas, conforme atesta a certidão de fls. 129v.

Instada a se pronunciar, a Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 137/141).

É o relatório.

VOTO

Como pode ser visto do relatório, a impetrante busca, através desta ação constitucional, a sua nomeação e posse para a ocupação de nível superior – Nutricionista com lotação no Hospital de Emergência e Trauma Senador Humberto Lucena.

Pois bem. Nestes autos, ficou comprovado que a suplicante prestou concurso público para o declinado posto, tendo logrado êxito na vigésima segunda colocação (fls. 16), de um total de 06 (seis) vagas para a sua opção, tendo sido nomeados, após desistências e exonerações a pedido, 11 (onze) candidatos.

É bem verdade que a existência de contratações temporárias e precárias de terceiros para exercerem as mesmas atribuições de candidatos aprovados em concurso público ainda em vigor, induz na necessidade da Administração **em prover as vagas existentes** de cargos públicos.

Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O PROVIMENTO DE CARGO DE TÉCNICO JUDICIÁRIO. DIREITO À NOMEAÇÃO. INEXISTÊNCIA. CANDIDATAS APROVADAS FORA DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. AUSÊNCIA DE PRETERIÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO RECONHECIDO. RECURSO DESPROVIDO.

(...)

3.A Constituição previu duas ordens de direito ao candidato devidamente aprovado em concurso público: o direito de precedência, dentro do prazo de validade do certame, em relação aos candidatos aprovados em concurso superveniente e o direito de convocação por ordem descendente de classificação de todos os aprovados.

4.A jurisprudência mais abalizada já assentou a orientação de que referidos direitos estão condicionados ao poder discricionário da Administração quanto à conveniência e oportunidade do chamamento dos aprovados, salvo se ficar comprovado nos autos que houve a contratação de pessoal, de forma precária, dentro da validade do concurso, para o preenchimento de vagas existentes, hipótese que não se coaduna com a presente.

5.Recurso Ordinário desprovido, em consonância com o parecer ministerial.” (STJ. RMS 24721 / ES. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. J. em 04/09/2008). Grifei.

Contudo, no caso em julgamento, a apelante fora aprovada fora do número de vagas ofertadas no edital, bem como inexistem nos autos quaisquer notícias de possíveis desistências ou exonerações dos candidatos nomeados e classificados dentro do montante de cargos oferecidos, que façam surgir vacância até sua colocação no certame, a fim de justificar a sua nomeação.

Desse modo, tais assertivas geram, apenas, mera expectativa quanto a nomeação da suplicante, porquanto o edital ofereceu apenas 06 (seis) vagas.

Portanto, inexistente preterição na nomeação da postulante em decorrência de contratações temporárias realizadas pela Administração, vez que, não estando os terceiros contratados ocupando nenhum dos postos pertencentes ao quadro da Secretaria Estadual de Saúde, a extinção do referido vínculo contratual não faria surgir o claro pretendido pela candidata, **pois tal criação só pode decorrer de lei.**

Este Egrégio Tribunal Pleno teve a oportunidade de externar o seu entendimento sobre essa matéria, quando da análise do Mandado de Segurança nº 999.2009.000162-2/001, cuja relatoria coube ao ínclito Dr. Miguel de Britto Lyra Filho, cujo desfecho cai como uma luva no posicionamento adotado no presente *writ*:

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS DISPONIBILIZADAS NO EDITAL. ALEGAÇÃO DE OCUPAÇÃO DAS VAGAS POR MÉDICOS REQUISITADOS DE OUTROS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. EDITAL QUE DISPONIBILIZOU APENAS UMA VAGA PARA A ESPECIALIDADE PRETENDIDA. PREENCHIMENTO PELA PRIMEIRA APROVADA NO CERTAME. AUSÊNCIA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

- Tendo o Edital disponibilizado apenas uma vaga para o cargo pretendido pelo impetrante, e tendo sido esta já devidamente preenchida pela primeira colocada no certame, não há que se falar em direito líquido e certo à nomeação.

- Ao exercerem apenas uma função, os servidores eventualmente requisitados de outros órgãos não ocupam nenhum dos cargos pertencentes ao quadro do órgão requisitante.” (TJPB. MS nº 999.2009.000162-2/001. Rel. Dr. Miguel de Britto Lyra Filho, Juiz de Direito Convocado. **J. em 17/06/2009**). Grifei.

Do inteiro teor do acórdão acima mencionado, extraem-se as seguintes assertivas:

“Nesse ínterim, urge assinalar que a inexistência da vaga afastaria a concessão da segurança perseguida, visto que, tendo o certame disponibilizado apenas uma vaga, e tendo sido esta já devidamente preenchida, inexistiria direito líquido e certo a ser assegurado ao impetrante.

(...)

Logo, não vislumbro direito líquido e certo a ser resguardado ao impetrante, pois detém este mera expectativa de direito a ser nomeado para o caso de vir a surgir vaga de Técnico de Promotoria, especialidade Medicina, enquanto perdurar a validade de concurso. E assim o afirmo em razão de atualmente o entendimento predominante ser no sentido de que o direito subjetivo à nomeação pertence apenas àqueles que tenham sido aprovados dentro do número das vagas disponibilizadas no Edital, o que, no caso sub examine, já foi cumprido.

(...)

Quanto à requisição de médicos de outro órgão da Administração, há de registrar-se que, não estando estes ocupando nenhum dos cargos pertencentes ao Quadro de Pessoal do Ministério Público Estadual, conforme se verifica a partir da documentação de fls. 89/98, sua devolução – como bem restou asseverado nas informações complementares – não faria surgir a vaga pretendida pelo impetrante, vez que tal criação só pode decorrer de lei.

(...)

Por fim, concludo afirmando que, embora simpatize com a tese de que a reconhecida contratação de médicos requisitados de outros órgãos da Administração até sirva de indícios quanto à necessidade do serviço, tal

fato, por si só, não tem o condão de fazer surgir a vaga pretendida, até porque esta – repita-se – só surge mediante lei.” (MS nº 999.2009.000162-2/001. Rel. Dr. Miguel de Britto Lyra Filho, Juiz de Direito Convocado. J. em 17/06/2009).

Nesse sentido, segue outro julgado do Tribunal Pleno desta Corte:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. I. PRELIMINAR. INDICAÇÃO DE AUTORIDADE COATORA QUE NÃO POSSUI PODERES PARA CUMPRIR EVENTUAL CONCESSÃO DA ORDEM. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ACOLHIMENTO DE OFÍCIO. - A autoridade coatora no mandado de segurança é aquela que pratica ou se omite de praticar o ato impugnado, e detém atribuições para cumprir a ordem. MÉRITO. CANDIDATOS CLASSIFICADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS NO EDITAL. ALEGAÇÃO DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PESSOAL DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. NÃO COMPROVAÇÃO DE SURGIMENTO/CRIAÇÃO DE NOVAS VAGAS NO MESMO PERÍODO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO CERTO. PRECEDENTES DO STJ DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. - O candidato classificado fora do número de vagas previsto no edital possui direito líquido e certo à nomeação somente se comprovar o surgimento/criação de novas vagas, e a contratação precária de pessoal para a mesma função, no período de validade do certame.” (TJPB. MS nº 999.2012.000.971-0/001. Rel. Des. José Aurélio da Cruz. J. em 22/05/2013). Grifei.

Ainda, precedente da 3ª Câmara Cível desta Corte, de lavra do Exmo. Des. Márcio Murilo da Cunha Ramos:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA FORA DAS VAGAS OFERECIDAS EM EDITAL. RECRUTAMENTO PRECÁRIO DE SERVIDORES TEMPORÁRIO. CARGO EFETIVO VAGO. NÃO COMPROVAÇÃO. PROVIMENTO. Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, 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 ocorreram, não obstante existissem cargos de provimento efetivo desocupados MS 13.823, DJe 12/05/2010. Não havendo, pois, indício da existência de cargo público efetivo vago, não é dado ao julgador deferir tutela antecipada para determinar a nomeação de candidato aprovado em concurso público, fora das vagas inicialmente previstas no edital.” (TJPB. AI nº 200.2011.020779-8/001. Rel. Des. Márcio Murilo da Cunha Ramos. J. em 27/09/2011). Grifei.

No mesmo diapasão, trago à baila arestos do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PARA O CARGO DE PROFESSOR. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. EXISTÊNCIA DE

PROCESSO SELETIVO PARA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSORES.

*A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previstas no Edital tem mera expectativa de direito. Tal expectativa se convola em direito nos casos em que, durante a vigência do concurso, mesmo havendo a criação de novas vagas ou a vacância do respectivo cargo em número que alcance a classificação do candidato, a Administração Pública promove a contratação temporária de servidores para exercer a função inerente àqueles cargos. **No caso dos autos, entretanto, embora tenha havido a realização, no prazo de vigência do concurso, de processo seletivo para contratação temporária de professores, o impetrante não comprovou a existência de cargos vagos de provimento efetivo em número suficiente a alcançá-lo na lista de classificação, de modo que a simples existência de contratação precária e emergencial não gera direito à nomeação.** Agravo regimental desprovido.” (STJ. AgRgnoRMS33514/MA. Rel. Min. Ari Pargendler. J. em 02/05/2013). Grifei.*

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. POSTERIOR CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXISTÊNCIA DE VAGAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. AUSÊNCIA.

1. Busca-se no mandamus o reconhecimento do direito à nomeação das impetrantes no cargo de Oficial de Apoio Judicial D, para a Comarca de Belo Horizonte, regido pelo Edital EJM/G n° 01/2005, em que foram oferecidas 453 (quatrocentos e cinquenta e três) vagas, tendo sido classificadas nas seguintes posições: 1.349ª, 1.410ª, 1.481ª e 1.500ª.

2. 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 a comprovação do surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso público.

*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. Precedentes: RMS 32660/RN, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 12/11/2010; AgRg no RMS 32094/TO, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 14/02/2011; RMS 31785/MT, de minha relatoria, DJe 28/10/2010; e MS 13.823/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 12/05/2010.*

4. Sem a demonstração da existência de vagas em número suficiente para alcançar as impetrantes, ou do interesse da Administração em efetuar novas contratações para o cargo a que concorreram durante o prazo de validade do concurso, não há se falar em comprovação de plano do direito líquido e certo às nomeações pretendidas.

5. Agravo regimental não provido.” (STJ. AgRg no RMS 34186 / MG. Rel. Min. Castro Meira. J. em 04/10/2011). Grifei.

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES A TÍTULO PRECÁRIO. QUEBRA DA ORDEM CLASSIFICATÓRIA. COMPROVAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. O candidato aprovado em concurso publico fora do número de vagas previsto no edital tem mera expectativa de direito à nomeação. Com isso, compete à Administração, dentro do seu poder discricionário e atendendo aos seus interesses, nomear candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência, respeitando-se, contudo, a ordem de classificação, a fim de evitar arbitrios e preterições.

2. 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 ocorreram, não obstante existissem cargos de provimento efetivo desocupados.

3. O acervo documental explicita que a contratação do impetrante para o exercício da docência se deu de forma reiterada, não obstante a Administração, em suas informações, tenha asseverado a inexistência de vaga durante o período de prorrogação do certame. Com efeito, a prática de contratação temporária por três anos seguidos, havendo candidato aguardando em lista de cadastro de reserva, evidencia o surgimento de necessidade permanente de preenchimento de vaga. Sem olvidar que a publicação de novo edital após expirado o prazo de validade do concurso, reforça o entendimento de assiste razão ao impetrante.

4. Recurso ordinário provido para conceder a segurança a fim de determinar a imediata nomeação e posse do impetrante no quadro da Secretaria de Educação do Estado do Mato Grosso, no cargo de professor de Educação Física do polo regional de Juara.” (STJ. RMS 33875 / MT. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. J. em 19/06/2012). Grifei.

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CARGOS OCUPADOS EM CARÁTER PRECÁRIO DURANTE A VALIDADE DO CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO EM EDITAL. DIREITO SUBJETIVO A NOMEAÇÃO E POSSE DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO ATÉ A SUPERVENIÊNCIA DO TERMO FINAL DE VALIDADE DO CONCURSO.

1. Sustentam os recorrentes, em síntese, que existem diversos cargos relativos ao concurso em que aprovados que estão preenchidos de forma precária por servidores designados - os quais, inclusive, recebem gratificação, onerando ainda mais o erário -, fora, ainda, a criação de cem cargos novos pela Lei Complementar estadual n. 333/06, de modo que o fato de não terem sido nomeados ainda importa preterição de sua ordem classificatória e conseqüente violação do direito líquido e certo.

2. Em primeiro lugar, não caracteriza "vacância de cargo" para fins de provimento pelos aprovados em concurso público o simples exercício de suas atribuições de forma precária por servidores designados.

3. *Em segundo lugar, a inobservância da ordem de classificação que se configura ilegal é aquela interna aos trâmites do certame, ou seja, aquela que ocorre entre candidatos. A contratação temporária ou o exercício de forma precária de cargos públicos efetivados depois da homologação do concurso público não ensejam de per se a preterição dos candidatos regularmente aprovados. Precedente da Terceira Seção.*

4. *Em terceiro lugar, ainda que se reputasse ilegal o exercício de maneira precária por inexistirem os motivos legalmente previstos para tanto, seria necessária dilação probatória para constatar a apontada ilegalidade da contratação temporária, inviável em sede de mandado de segurança. Precedente.*

5. *Em quarto lugar, esta Corte Superior adota entendimento segundo o qual apenas a regular aprovação em concurso público em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital confere ao candidato direito subjetivo a nomeação e posse dentro do período de validade do certame. Precedentes.*

6. *Na espécie, alguns dos recorrentes classificaram-se dentro do número de vagas previstos para o cadastro reserva (outros nem mesmo dentro do cadastro reserva estão classificados), sendo sua nomeação direito líquido e certo.*

7. *Contudo, como o certame ainda está dentro de seu prazo de validade, as efetivas nomeação e posse devem guardar observância aos critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública.*

8. *Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.” (STJ. RMS 32660 / RN. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. J. em 04/11/2010). Grifei.*

Ainda:

“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. 1. Os embargos de declaração constituem instrumento processual com o escopo de eliminar do julgamento obscuridade, contradição ou omissão sobre tema cujo pronunciamento se impunha pelo acórdão ou, ainda, de corrigir evidente erro material, servindo, dessa forma, como instrumento de aperfeiçoamento do julgado (CPC , art. 535). Havendo omissão, impõe-se o seu acolhimento. No presente caso, houve omissão no acórdão embargado acerca da inexistência de cargo vago no concurso em questão, uma vez que as designações dos ora embargados foram feitas em razão de motivos determinados. 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.** 3. No presente caso, os impetrantes apontam que foram aprovados para o concurso público para provimento do cargo de Oficial de Apoio Judicial (Classe D), fora do número de vagas previstas no edital; no entanto, foram designados precariamente para o exercício da mesma função pública. Nesse sentido, alegam seu direito à nomeação. 4. A autoridade coatora, Presidente a época do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao prestar suas informações, consignou: (i) a

inexistência de cargo vago; (ii) a necessidade transitória na contratação, em razão do afastamento temporário dos servidores efetivos. 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 convolação da expectativa de direito dos candidatos, ora embargados. 6. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para negar provimento ao recurso ordinário.” (STJ. EDcl nos EDcl no RMS 35459 MG 2011/0186357-0 (STJ). Rel. Min. Mauro Campbell Marques. J. em 13/08/2013). Grifei.

Logo, não há que se falar em direito subjetivo à nomeação, vez que a classificação obtida pela apelante no certame em questão (22º Lugar), mesmo após 03 exonerações, não alcança o número de oportunidades (06) prevista no edital, aliado ao fato de que a extinção das contratações temporárias aqui mencionadas não fará surgir a vaga pretendida pela candidata, eis que tal criação só pode decorrer de lei, conforme já ressaltado.

Não é demais, pinçar julgados do Pretório Excelso:

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Concurso público. Candidato aprovado fora do número de vagas previsto no edital. Concurso vigente. Terceirização. Inexistência de vagas. Preterição. Não ocorrência. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte é no sentido de que a contratação precária mediante terceirização de serviço somente configura preterição na ordem de nomeação de aprovados em concurso vigente, ainda que fora do número de vagas previsto no edital, quando referida contratação tiver como finalidade o preenchimento de cargos efetivos vagos. 2. Agravo regimental não provido.” (STF. ARE 756227 AgR / RN - RIO GRANDE DO NORTE . Rel. Min. Dias Toffoli. J. em 22/04/2014). Grifei.

“EMENTA Agravo regimental em recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Contratação precária de terceirizados. Preterição de concursados. Não comprovação da existência de vagas de caráter efetivo. Ausência de direito líquido e certo. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. É posição pacífica desta Suprema Corte que, havendo vaga e candidatos aprovados em concurso público vigente, o exercício precário, por comissão ou terceirização, de atribuições próprias de servidor de cargo efetivo faz nascer para os concursados o direito à nomeação, por imposição do art. 37, inciso IV, da Constituição Federal. 2. O direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso vigente somente surge quando, além de constatada a contratação em comissão ou a terceirização das respectivas atribuições, restar comprovada a existência de cargo efetivo vago. Precedentes. 3. No caso em questão, não ficou comprovada, nos documentos acostados aos autos, a existência de vaga efetiva durante a vigência do concurso, sendo necessário, para tanto, que haja dilação probatória, o que não se admite em via mandamental. Ausência de direito líquido e certo do

agravante. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF. RMS 29915 AgR / DF. Rel. Min. Dias Toffoli. J. em 04/09/2012). Grifei.

Alfim, cumpre salientar a inexistência de preterição quando foram nomeados candidatos por força de decisão judicial, porquanto nessa hipótese não há margem para a discricionariedade da administração, não a vinculando a dar provimento a outros classificados, senão vejamos:

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE PROFESSOR DE MATEMÁTICA. IMPETRANTE CLASSIFICADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE PESSOAL. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. APELAÇÃO. NECESSIDADE DA EXISTÊNCIA DE CARGOS VAGOS. FALTA DE PROVAS. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. NOMEAÇÃO DE CANDIDATO QUE OBTVEU PIOR CLASSIFICAÇÃO POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE PRETERIÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO. 1. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, firmou tese no sentido de que a discricionariedade da administração pública em nomear candidato aprovado fora do número das vagas oferecidas em edital de concurso público será mitigada se, surgindo novas vagas, ocorrer a preterição de forma arbitrária e imotivada por parte da administração, assim como nos casos em que esta manifesta inequivocamente a existência de vagas e a necessidade de seu preenchimento. 2. “de acordo com o entendimento pacificado por esta colenda corte, não há falar em preterição de candidato aprovado em concurso público nos casos em que a administração pública, por força de decisão judicial, procede à nomeação de outros candidatos em classificação inferior, uma vez que, nessa hipótese, não há margem de discricionariedade à administração, não havendo falar em ilegalidade do ato a ensejar a concessão da ordem.” (rms 43.292/df, Rel. Ministra diva malerbi (desembargadora convocada TRF 3ª região), segunda turma, julgado em 07/06/2016, dje 14/06/2016).” (TJPB; APL 0002322-71.2013.815.0251; Quarta Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira; DJPB 22/07/2016; Pág. 10) (Grifei)

Ora, proceder de acordo com a tese do apelante, seria o mesmo que afrontar o princípio constitucional da Separação do Poderes, porquanto ao Poder Judiciário é defeso criar cargos, como na espécie, cuja função é do Legislativo.

Por todo o exposto, em consonância com o parecer ministerial, **DESPROVEJO O RECURSO APELATÓRIO**, para manter inalterada a sentença submetida à análise.

É como voto.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Desembargador José Ricardo Porto. Participaram do julgamento, além do relator, o Excelentíssimo Desembargador José Ricardo Porto, o Excelentíssimo Desembargador Leandro dos Santos, a Excelentíssima Desembargadora Maria das Graças Moraes Guedes e Excelentíssimo Desembargador João Alves da Silva e a Excelentíssima Desembargadora Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti.

Presente à sessão a representante do Ministério Público, Dr^a. Jacilene Nicolau Faustino.

Sala de Sessões da 2ª Seção Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 15 de março de 2017.

Des. José Ricardo Porto
RELATOR

J12/R11