



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

## ACÓRDÃO

### **APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001249-97.2011.815.0101**

**Origem** : Comarca da Brejo do Cruz  
**Relator** : Dr. Eduardo José de Carvalho Soares -Juiz Convocado  
**Apelante** : Alcicleide Almeida de Oliveira  
**Advogada** : Vanessa Manoela Vieira da Silva (OAB/RN 10.395)  
**Apelado** : Município de Brejo do Cruz  
**Advogada** : Celso Tadeu Lustosa P. Segundo (OAB/PB 11.181)

**APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE ASSISTENTE SOCIAL. CANDIDATA APROVADA FORA DAS VAGAS PREVISTAS EM EDITAL. EXISTÊNCIA DE CONTRATAÇÃO PRECÁRIA. 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 DURANTE A VIGÊNCIA DO CERTAME. AUSÊNCIA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO.**

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 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.

A abertura de Edital posterior, já depois de expirados todos os prazos do concurso realizado pela parte demandante, não interfere na órbita jurídica da autora, já que, dentro do certame que reclamado nos autos a Administração Pública exerceu seu direito legítimo de nomeação, até o esgotamento do prazo e conforme as vagas previstas em edital.

**VISTOS**, relatados e discutidos os autos acima referenciados.

**ACORDA** a egrégia Terceira Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO APELATÓRIO**.

### **RELATÓRIO**

Trata-se de **Apelação Cível** interposta por **Alcicleide Almeida de Oliveira**, contra sentença (fls. 122/124) prolatada pelo Juízo da Comarca de Brejo do Cruz que – nos autos da Ação Ordinária ajuizada em face do **Município de Brejo do Cruz** – julgou improcedente o pedido exordial.

Em suas razões, fls. 126/137, a apelante narra que prestou concurso para o cargo de Assistente Social da Prefeitura de Brejo do

Cruz, Edital nº 001/2007, tendo obtido a 3ª (terceira) colocação no resultado final do certame.

Afirma que, para o respectivo cargo, o Edital ofereceu apenas 1 (uma) vaga e foram nomeadas a primeira e a segunda colocadas, sendo a apelante a próxima da lista.

Assevera que, ao invés de nomeá-la, o Município realizou uma contratação precária, durante a vigência do concurso, para o cargo de Assistente Social, o que gerou flagrante preterição da recorrente.

Alega que a contratação temporária de terceiros dentro do prazo de validade do concurso gera o direito líquido e certo de convocação para os aprovados.

Argumenta que a existência de cargo vago para a função de Assistente Social restou comprovada, pois em 2015 o Município apelado realizou outro certame disponibilizando 01 (uma) vaga para o referido posto.

Pede o provimento do recurso apelatório, para que seja nomeada para o cargo de Assistente Social e o Município condenado a pagar a remuneração devida desde a sua preterição.

Contrarrazões às fls. 206/212.

A Procuradoria de Justiça, em Parecer de fls. 222/225, opina pelo desprovimento do apelo.

**É o relatório.**

**V O T O**

**Dr. Eduardo José de Carvalho Soares -Juiz Convocado**

Infere-se dos autos que Alcicleide Almeida de Oliveira foi classificada na 3ª posição para o cargo de Assistente Social no concurso realizado pela Prefeitura Municipal de Brejo do Cruz, Edital nº 001/2007.

O certame ofereceu apenas 1 (uma) vaga efetiva para o cargo mencionado, conforme Edital anexado aos autos, fls. 21.

Diante da situação, a recorrente aduz a ocorrência do direito à nomeação, em razão da existência de contratação precária por parte da Edilidade ocorrida na vigência do concurso e para exercer a mesma função a que concorreu.

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:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. ALEGAÇÃO DE CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE SERVIDORES NA VIGÊNCIA DO CERTAME. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PRETERIÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital do certame, em face do Governador do Estado de Minas

Gerais, em que se almeja o provimento no cargo de Professor de Educação Básica. PEB. Nível A Anos iniciais do Ensino Fundamental, do Município de Juiz de Fora/MG, ao argumento de estar sendo preterido em decorrência da contratação precária de Servidores não concursados. 2. Conforme assentado pela Corte de origem, o Recorrente não foi aprovado dentro do número de vagas previstas no edital do concurso, e não demonstrou a existência de cargos efetivos vagos sem o devido preenchimento. Assim, embora aponte a existência de preterição, insurgindo-se contra a contratação temporária de Professores, essa circunstância, por si só, não demonstra a existência do direito almejado. 3. **Para configurar o direito líquido e certo da parte autora seria necessária a demonstração inequívoca da existência de cargos efetivos vagos, restando cabalmente demonstrado que as contratações precárias visaram não a suprir uma situação emergencial e, sim, o provimento precário de cargo efetivo, circunstância que não restou evidenciada de plano.** 4. Agravo Regimental do particular desprovido. (STJ; AgRg-RMS 49.479; Proc. 2015/0253115-6; MG; Primeira Turma; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; DJE 26/10/2016) 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 (não precárias)**, 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.

**No presente, a apelante não comprovou o surgimento ou a existência de vagas específicas para o cargo almejado, no quadro permanente da Edilidade, durante a vigência do certame, de modo a alcançar a sua classificação.**

Não se deve confundir as contratações precárias com o provimento de cargos públicos efetivos. Como visto, a contratação a título precário, por si só, não é motivo suficiente para fazer exsurgir o direito à nomeação, em razão da não demonstração da existência de vagas efetivas para o cargo de Professor Polivalente.

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.).

A abertura de Edital posterior, já depois de expirados todos os prazos do concurso realizado pela parte demandante, não interfere na órbita jurídica da autora, já que, dentro do certame que reclamado nos autos (Edital nº 001/2007), a Administração Pública exerceu seu direito legítimo de nomeação, até o esgotamento do prazo e conforme as vagas previstas em edital.

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

No mesmo sentido, é o posicionamento deste egrégio Tribunal de Justiça. Observe-se:

APELAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO DE TERCEIRA ENTRÂNCIA. CANDIDATO APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE TERCEIROS A TÍTULO PRECÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRETERIÇÃO. CONTRATADOS QUE NÃO OCUPAM CARGO RECLAMADO. INEXISTÊNCIA DE VAGA A SER PROVIDA. SENTENÇA COMPATÍVEL COM A DOGMÁTICA JURÍDICA VIGENTE. DESPROVIMENTO. Candidato aprovado em certame fora do número das vagas ofertadas no instrumento convocatório somente fará jus à nomeação na situação em que surgem cargos desocupados no prazo de validade do concurso público. **A existência de contratações temporárias e precárias de servidores para exercerem atribuições semelhantes de candidatos aprovados ou classificados em concurso, ainda que no período de vigência deste, não revela haver cargos disponíveis para a nomeação, porquanto o surgimento de vagas só decorre da edição de Lei específica ou de vacância advinda de exoneração ou do ingresso do servidor na inatividade.** Com essas considerações, NEGOU PROVIMENTO AO APELO e mantenho irretocável a sentença hostilizada. (TJPB; APL 0107438-88.2012.815.2001; Terceira Câmara Especializada Cível; Rel. Dr. Ricardo Vital de Almeida; DJPB 24/10/2016; Pág. 14)

Com essas considerações, **NEGO PROVIMENTO AO APELO.**

**É como voto.**

Presidiu o julgamento, com voto, desta Terceira Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, no dia 14 de agosto de 2018, o Exmo. Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque. Participaram do julgamento o Exmo. Dr. Eduardo José de Carvalho Soares (Juiz Convocado para substituir a Exma. Desa. Maria das Graças Morais Guedes – relatora) e o Exmo. Dr. Gustavo Leite Urquiza, juiz convocado para substituir o Des. Saulo Henriquer de Sá e Benevides.

Presente à sessão, o Exmo. Dr. Rodrigo Marques da Nóbrega, Promotor de Justiça convocado.

Gabinete no TJ/PB, em João Pessoa-PB, 15 de agosto de 2018.

**Dr. Eduardo José de Carvalho Soares**  
**Juiz Convocado**

