

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 62.225 - CE (2019/0328468-8)**

**RELATORA** : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES  
**RECORRENTE** : LUANA INGRID ROCHA NEVES  
**ADVOGADOS** : PEDRO HENRIQUE COÊLHO DE FARIA LIMA E OUTRO(S) -  
DF050500  
MARCELLO TERTO E SILVA - DF016044  
**RECORRIDO** : ESTADO DO CEARÁ  
**PROCURADOR** : PEDRO LUCAS DE AMORIM LOMÔNACO E OUTRO(S) - CE020716

**DECISÃO**

Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, interposto por LUANA INGRID ROCHA NEVES, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, assim ementado:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA ANALISTA JUDICIÁRIO – ÁREA JUDICIÁRIA - ESPECIALIDADE JUDICIÁRIA DO TJCE. CADASTRO DE RESERVA. ADVENTO DE LEI E NOMEAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO (LEI Nº 16.208/2017). PRETERIÇÃO. INOCORRÊNCIA. CARGO EFETIVO VAGO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ARBITRARIEDADE OU DESVIO DE FINALIDADE. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTE DO TJCE (Mandado de Segurança de nº 0626126-06.2017.8.06.0000). AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Trata-se de mandado de segurança referente ao concurso público de provas e títulos, regido pelo Edital nº. 01/2014, para ingresso na carreira de Analista Judiciário - Área Judiciária - AJAJ, cujo edital de abertura previa 41 para os candidatos de ampla concorrência e mais 04 para os portadores de deficiência, bem como vagas destinadas a cadastro de reserva.

2. Para o reconhecimento do direito subjetivo à nomeação e posse de candidato que figura em cadastro de reserva, é necessário a comprovação

cumulativa de dois pressupostos, quais sejam, a existência de cargo efetivo vago e a demonstração de contratação precária para as mesmas funções ofertadas no concurso. Uma vez evidenciados esses dois fatos, estar-se-ia caracterizada a preterição, fazendo com que a mera expectativa de direito se convolve em direito subjetivo.

Precedentes dos Tribunais Superiores.

3. **In casu**, a parte autora não demonstrou a existência de cargo efetivo vago de Analista Judiciário - Área Judiciária - Especialidade Judiciária, nem mesmo se existiriam vacâncias/exonerações suficientes para alcançar sua classificação.

4. A opção administrativa por essa modalidade de contratação, dadas as especificidades das atribuições que serão desenvolvidas, não apresenta resquício de irregularidade, arbitrariedade ou desvio de finalidade.

Trata-se, em verdade, de uma possibilidade regularmente utilizada pela Administração Pública com espeque na CF/1988 (art. 37, V). Assume-se, como já anotamos naquela decisão interlocutória que indeferiu a liminar aqui postulada, que as nomeações questionadas vem ocorrendo, com base numa lei, no caso, a Lei nº 16.208/2017, que, até prova em contrário ou declaração de alguma inconstitucionalidade, se ressoa válida.

5. Segurança denegada, em consonância com o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça" (fls. 913/914e).

Inconformada, nas razões recursais, após destacar a existência de distinguishing do presente feito em relação ao RMS 60.820/CE, julgado pela Segunda Turma do STJ, sustenta a parte recorrente:

"V - MÉRITO

V.I - FATOS NOVOS

a) TABELAS DE QUANTITATIVOS DE CARGOS VAGOS

Há que se levar a conhecimento deste Superior Tribunal de Justiça as tabelas de "Quantitativo de Cargos Efetivos" divulgadas pelo TJCE após o ajuizamento desta actio.

Notadamente, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará divulgou tabela contendo o quantitativo de cargos vagos referência ao mês de JUNHO/2018 (doc. anexo), sem, contudo, constar o mês de publicação (print):

(...)

Em 21/MARÇO/2019, fez o mesmo, em relação a período correspondente a DEZEMBRO/2018 (doc. anexo) (print):

(...)

É de se estranhar, Excelências, que as tabelas obtidas no Portal da Transparência, embora devam ser divulgadas, quadrimestralmente, em abril, agosto e dezembro, por força da resolução 102 do CNJ, apenas tenham sido disponibilizadas em período muito posterior aos meses de

referência, somente em JUNHO e DEZEMBRO de 2018:

(...)

Importante destacar que a tabela referente ao mês de junho de 2018, conforme explicado em tópico oportuno, corrobora toda a explanação realizada pela impetrante ao se fazer o cotejo dela com a tabela de dezembro de 2017, o que demonstra que o TJCE, em interpretação descabida, de fato, subitamente entendeu que a vasta maioria dos cargos - até então tidos por vagos - foram extintos pela redação original da lei de Planos de Cargos, Carreira e Remuneração (Lei 14.786), editada ainda em 2010. Tal entendimento é constatado por duas peculiaridades presentes na tabela de junho de 2018, que não se verificavam na tabela de dezembro de 2017: 1) a divisão entre servidores optantes e não optantes pelo PCCR de 2010; 2) a exclusão de 66 cargos vagos que constavam na tabela dezembro de 2017.

Cumpre salientar, ainda, que a tabela referente ao mês de Junho de 2018 encontra-se totalmente fora do padrão estabelecido pela Resolução 102 do CNJ, além de completamente diferente da tabela de dezembro de 2017, sobretudo no que tange aos cargos de Analista Judiciário e suas vacâncias.

Pode-se perceber que os campos estão vazios, sem numeração alguma. Caso não existisse vacância o número "O" deveria constar, conforme os demais dados.

Ademais, na manifestação realizada pelo Tribunal impetrado, no Mandado de Segurança supramencionado, sequer foi explicada tal situação, ignorando-se sumariamente as alegações da impetrante em relação aos cargos. Isso foi reiterado pelo acórdão recorrido, o qual também se omitiu quanto aos documentos que comprovam a existência de cargos vagos, in verbis: "a parte autora não demonstrou a existência de cargo efetivo vago de Analista Judiciário - Área Judiciária - Especialidade Judiciária, nem mesmo se existiriam vacâncias/exonerações suficientes para alcançar sua classificação".

Acostam-se, em tempo, as tabelas mencionadas, impugnando-se, também, os quantitativos de cargos vagos que delas constam, uma vez que há bem mais cargos vagos de AJAJ do que os informados nos documentos, conforme se demonstrará por meio desta peça recursal.

Rememore-se o histórico de preenchimento de cargos:

I - Em agosto de 2016 constavam no portal da transparência do TJCE 60 cargos vagos de analista judiciário.

(...)

II - Em 11 de novembro de 2016, em Processo Administrativo nº 8520712-14.2016.8.06.0000, a SGP, convergindo com as informações

do portal da transparência, esclarece que havia 60 cargos vagos. Cumpre salientar que o acórdão ora recorrido se OMITIU em relação a esse documento:

(...)

III - Em dezembro de 2017, constavam 66 vacâncias no portal:

(...)

IV - No Pedido de Providências 0010104-85.2017.2.00.0000, o CNJ intimou a Presidência do TJCE, gerando um Memorando (nº 17/2018) na Secretária de Gestão de Pessoal do TJCE, com a seguinte indagação:

(...)

V - A resposta da SGP, em 23 de abril de 2018 foi:

(...)

Os 66 cargos vagos, existentes em dezembro de 2017, somados aos 7 cargos criados em fevereiro de 2018, totalizam nada menos do que 73 VACÂNCIAS.

Analisemos a "matemática" praticada pelo TJCE: o cálculo levou ao reconhecimento do quantitativo de, tão somente, 7 (sete) cargos vagos, pouco menos de 10% dos realmente existentes, em completa ignorância dos dados constantes do Portal da Transparência.

Ao contrário do que afirmou o Órgão Especial do TJCE, em decisão repousante das fls. 919/929 dos autos, a parte recorrente demonstrou a existência de cargo efetivo vago de Analista Judiciário (AJAJ), bem como a ocorrência de vacâncias/exonerações suficientes para alcançar sua classificação.

Assim, atesta-se a existência de cargos vagos para AJAJ, merecendo reforma a decisão recorrida.

#### **b) ESTAGIÁRIOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO: NOVA FORMA DE PRETERIÇÃO**

Além das CINCO formas de preterição sofridas pela recorrente, todas delineadas desde a exordial, há que se destacar o lançamento do Aviso de Seleção nº 4/20191 (doc. anexo), lançado aos 08/02/2019, para o preenchimento de duzentas vagas de "estagiário" do curso de Pós-graduação em Direito.

Ora, considera-se atípico, para não dizer estranha, a opção pela admissão de estagiários bacharéis em Direito, matriculados em cursos de pós-graduação, conforme exigências descritas no item 1.1 do Aviso de Seleção nº 4/2019 (doc. anexo), para o reforço da mão-de-obra, com nível superior, do TJCE.

(...)

#### **V.II - DA SEQUÊNCIA DE ATOS IRREGULARES**

(...)

Em 2009, o CNJ realizara uma inspeção no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (doc. 23, fls. 397 a 559), constatando várias irregularidades, dentre as quais: grande número de cargos terceirizados; contratação de profissionais advogados; descumprimento do percentual de cargos. Em 2010, em face do resultado da inspeção, o TJ/CE fora levado a editar uma nova Lei de Plano de Cargos, Carreiras e Remuneração dos Servidores do Quadro III (Lei 14.786/10), pela qual foram criados cargos efetivos e ajustadas questões relacionadas à nomenclatura dos cargos.

Apesar da Inspeção do CNJ em 2009, logo se verificou que as práticas irregulares continuaram frequentes no Judiciário do Estado do Ceará, o que motivou o sindicato dos servidores do TJCE (Sindjustiça) a protocolar, em 2015, ação para retirada de terceirizados exercentes de atividades - fim, incluindo vários que, além de fazer as vezes de servidor, também tinham OAB ativa e até advogavam.

Em março de 2016, no âmbito do Pedido de Providências n. 0000313-63.2015.2.00.0000, o CNJ, por unanimidade, acolheu pedido do sindicato e determinou prazos para que o Tribunal de Justiça do Ceará realizasse um diagnóstico exato das atividades desempenhadas por terceirizados e apresentasse um estudo de modo a proceder à política de substituição dos empregados terceirizados por servidores públicos (doc. 9, fls. 161 a 164).

Em novembro de 2016, em resposta a solicitação de uma das aprovadas, mediante o Processo Administrativo n.º 8520712-14.2016.8.06.0000, o Tribunal de Justiça confirmou a existência de 60 (sessenta) cargos vagos de Analista Judiciário, nível superior, no mês - base de agosto de 2016 (doc. 27, fls. 594 a 596), reiterando os dados já disponibilizados no Portal da Transparência à mesma época (doc. 25, fls. 577 a 587) e, portanto, a existência de dezenas de cargos vagos a despeito da desastrada redação original da Lei 14.786/10.

Em 2017, o TJCE, sob a justificativa de estar cumprindo a Resolução n. 219 do CNJ, priorizando o 1º grau, realizou uma reforma administrativa pela qual "enxugou" o 2º grau, com extinção de cargos, para, em ato contínuo, criar cargos de livre nomeação e exoneração no 1º grau, alegando não gastar nada a mais com isso.

Dessa forma, ainda em 2017, com a edição da Lei 16.208/2017, foram criados 389 cargos comissionados de Assistente de Unidade Judiciária (doc. 11, fls. 168 a 198) - já providos desde então por meio da Portaria 776/2017 (doc. 13, fls. 200 a 232) - para a atividade -fim do Tribunal de Justiça do Ceará, com atribuições legais QUE SE SOBREPÕEM

às já conferidas aos Analistas Judiciários - Área judiciária, inclusive o assessoramento a magistrados, por força do art. 5º, I, "a", da Lei 14.786/2010, com a redação dada pela Lei 16.302/2017.

Alguns meses após, por iniciativa do Tribunal de Justiça do Ceará, editou-se a Lei estadual n. 16.464/17 a fim de alterar artigos das Leis 14.786/10 e 16.208/17 (doc. 12, fls. 199).

Assim, aumentou-se "excepcionalmente" para 60% (sessenta por cento) o percentual de cargos em comissão destinado a pessoas de fora do quadro de servidores das carreiras jurídicas do Tribunal.

No cargo específico do recém -criado Assistente de Unidade Judiciária (art. 32 da Lei 16.464/17), o aumento chegou a 65% (sessenta e cinco por cento) para pessoal não efetivo, um conjunto de violações frontais ao art. 2º, § 2º, da Resolução n. 88 do CNJ.

Em março de 2017, o TJCE lançou Edital de Pregão Eletrônico para a contratação de empresa para prestação de serviço continuado em secretariado (doc. 18, fls. 305 a 369), a qual ocorreu em violação à Lei n. 7.377/85, que exige a formação em secretariado, ao passo que a maioria dos secretários contratados tinham formação em Direito e, conforme informações do próprio TJCE, atribuições mais abrangentes e diferentes das de secretários per se.

Ainda em fins de 2017, dados do Portal da Transparência enviados pelo próprio Tribunal de Justiça ainda faziam constar 66 (sessenta e seis) cargos vagos de Analista judiciário, nível superior, no Ceará, a imensa maioria dos quais da Área Judiciária (doc. 26, fls. 588 a 593).

Em fevereiro de 2018, reconhecendo a urgente necessidade de prevenir eventuais problemas causados pela má interpretação da Lei 14.786/10, o Tribunal de Justiça do Ceará, em mensagem à Assembleia Legislativa do Ceará, motivou o envio de Projeto de Lei da seguinte forma (doc. 15, fls. 244 a 252): "Destaco que a proposição visa a corrigir distorção criada pelo art. 72, da Lei Estadual nº 14.786, de 13 de agosto de 2010, mediante a qual tem havido extinção de cargos da estrutura de pessoal do Poder Judiciário, em razão de vacância, mesmo para servidores optantes do PCCR [...] ali instituído. Com a alteração ora proposta, a extinção alcançará apenas os cargos de servidores não optantes, a partir da respectiva vacância, como seria de se esperar." Com a edição da Lei 16.505, de 2018, além da criação de mais 7 (sete) cargos de AJA), o texto original do art. 7º da Lei 14.786, de 2010 (Lei de Plano Cargos, Carreira e Remuneração) foi alterado e passou a vigorar com nova redação.

Aqui, reside a principal controvérsia e omissão da defesa da autoridade coatora e do acórdão ora recorrido: a interpretação dada

este dispositivo e o consequente "desaparecimento" de cargos vagos. Na referida lei, houve um equívoco meramente material na redação do texto legal do seu art. 72, gerando contradições e incompatibilidades aparentes que potencialmente ocasionariam a extinção gradativa da grande maioria dos cargos de servidores efetivos do Tribunal estadual, que haviam optado pelo novo PCCR.

No entanto, por se cuidar de um erro assaz evidente e inconveniente, levou-se em conta, nos anos seguintes, até 2018, a interpretação razoável e sistemática no sentido da transformação, e não extinção, daqueles cargos.

A alteração do artigo 72 da lei 14.786, portanto apenas esclareceu explicitamente o que já se inferia de uma interpretação teleológica e sistemática da lei anterior: os cargos dos servidores optantes seriam transformados, e não extintos; os dos servidores não optantes, sim, seriam extintos; e, decisivamente, a extinção de cargos supostamente operada sob a redação anterior da Lei 14.786 não prevaleceria, pois não seria convalidada pela alteração determinada pela lei posterior.

Em meados de 2018, o Tribunal de Justiça passou a alegar que as dezenas de cargos há anos informados pelo próprio órgão, nas tabelas do Portal da Transparência, simplesmente não existiriam, pois teriam sido extintos até o advento da Lei 16.505 de 2018.

Desta forma, o Tribunal de Justiça passou a insistir em uma interpretação totalmente desarrazoada para furtar-se ao seu dever, já reconhecido anos antes pelo CNJ, de nomear servidores efetivos dentre os aprovados no concurso público em vigor.

Apesar disso, frisa-se: em nenhum momento, o TJCE, no mandado de segurança em epígrafe, esclareceu a possível nova interpretação e apenas declarou que não existiam cargos vagos, ignorando as provas oficiais do próprio tribunal, no portal da transparência, bem como de processo administrativo respondido pela Secretária de Gestão de Pessoas.

A SGP, inclusive, em abril de 2018, em divulgação de Diagnóstico Preliminar de Cargos elaborado pela Secretaria de Gestão de Pessoas do Tribunal de Justiça do Ceará, fez consignar a necessidade imediata de 258 (duzentos e cinquenta e oito) servidores efetivos a mais na estrutura do Judiciário cearense (doc. 32, fls. 606).

Em julho de 2018, por meio do Edital n. 115 de 2018 (doc. 22, fls. 384 a 396), o Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE) promoveu concurso de remoção em que foi exigido de Técnicos Judiciários - "servidores cujo cargo efetivo não exigia o referido nível superior na data de ingresso neste Poder" - a comprovação do bacharelado em Direito para dele

participarem (art. 32), quando este é um cargo de nível médio com funções próprias que, em tese, prescindem da qualificação jurídica mais aprofundada e especializada que se exige do Analista Judiciário. Essa disposição editalícia, em verdadeira FORMALIZAÇÃO DO DESVIO DE FUNÇÃO, deixou mais uma vez patente a extrema necessidade de servidores com qualificação jurídica, mormente o analista judiciário - área judiciária, assim como a persistente burla do princípio do concurso público.

Em agosto de 2018, após nova inspeção das atividades do Poder Judiciário cearense pelo CNJ, realizada em junho de 2018, foi publicado o Auto Circunstanciado de Inspeção no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (doc. 24, fls. 560 a 576), o qual comprovou a continuidade de práticas indevidas, tais como:

(...)

Em julho de 2018, por meio do Edital n. 115 de 2018 (doc. 22, fls. 384 a 396), o Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE) promoveu concurso de remoção em que foi exigido de Técnicos Judiciários - "servidores cujo cargo efetivo não exigia o referido nível superior na data de ingresso neste Poder" - a comprovação do bacharelado em Direito para dele participarem (art. 32), quando este é um cargo de nível médio com funções próprias que, em tese, prescindem da qualificação jurídica mais aprofundada e especializada que se exige do Analista Judiciário. Essa disposição editalícia, em verdadeira FORMALIZAÇÃO DO DESVIO DE FUNÇÃO, deixou mais uma vez patente a extrema necessidade de servidores com qualificação jurídica, mormente o analista judiciário - área judiciária, assim como a persistente burla do princípio do concurso público.

Em agosto de 2018, após nova inspeção das atividades do Poder Judiciário cearense pelo CNJ, realizada em junho de 2018, foi publicado o Auto Circunstanciado de Inspeção no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (doc. 24, fls. 560 a 576), o qual comprovou a continuidade de práticas indevidas, tais como:

(...)

Ainda em agosto de 2018, a publicação do Relatório Justiça em Números - 2018 (doc. 31, fls. 604 e 605), do CNJ, revelou que o Ceará possui a taxa de produtividade dos magistrados mais baixa entre todos os Estados do Brasil, assim como uma grave carência de servidores, ainda bem mais severa do que a de magistrados.

O Estado do Ceará possui o menor contingente de servidores dentre os Tribunais de médio porte do Brasil.

Ainda, em clara evidência de tentativa de esconder uma conduta



reprovável, das tabelas relativas aos "Quantitativos de Cargos" do Tribunal, divulgadas no Portal da Transparência, a que concerne a junho/2018 encontra-se, impropriamente, sem sua data de publicação, enquanto a referente a dezembro/2018 apenas foi publicadas já no mês de março do ano de 2019, após o ajuizamento deste mandamus, quando, na verdade, referidas tabelas deveriam ser publicadas quadrimestralmente, em abril, agosto e dezembro.

#### V.III - DA PRETERIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO E DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Conforme foi documentalmente comprovado em sede deste **mandamus**, é desde já fundamental destacar que a criação de centenas de cargos comissionados, num contexto em que já se observara o excesso de terceirizados em desvio de função e outras formas de menosprezo ao servidor público efetivo, e, empós, a criação de lei a permitir um inadmitido aumento no percentual de comissionados de fora do quadro efetivo do Tribunal, é mais um fato que contribui para consolidar a transformação da expectativa de direito da recorrente em verdadeiro direito subjetivo à sua nomeação.

Resta inquestionável a existência de preterição direta, inequívoca e arbitrária contra o cadastro de reserva do concurso público de 2014, enquanto os próprios atos de preterição demonstram, plenamente, tanto a enorme necessidade do cargo de analista judiciário - área judiciária (AJAJ), quanto a disponibilidade financeira do Tribunal para o aumento de gastos com pessoal.

A preterição, no caso, chegou a envolver violações frontais à Resolução n. 88 do CNJ e a outras decisões do mesmo Conselho, corroborando a percepção de que qualquer motivação - que jamais foi dada explicitamente, para justificar a preferência por comissionados em vez de servidores efetivos - eventualmente utilizada seria arbitrária, injusta e imotivada à luz do bom direito.

O preenchimento do cargo por outros sujeitos que não aqueles aprovados em regular concurso público, sejam eles comissionados, temporários ou terceirizados, configura a dita preterição, nos termos do entendimento jurisprudencial predominante no Brasil.

(...)

Observa-se, no caso dos autos, que, nos termos da posição jurisprudencial mais recente do STF, a tamanha preterição vivida pela recorrente teve o condão de convolar a sua expectativa de direito em direito subjetivo à nomeação.

Vejamos a importantíssima tese firmada em repercussão geral pelo STF, no RE 837.311/PI, in verbis:

(...)

O STF, por conseguinte, asseverou: a regra é que a obrigação da Administração seja somente a de nomear os candidatos dentro das vagas previstas no edital.

Entretanto, caso surjam novas vagas e ocorra "a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração", surge o direito subjetivo dos candidatos que estão no cadastro de reserva.

A Suprema Corte aduz, também, que deve ser demonstrado de forma cabal pelo candidato, "o comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame", para haver a obrigação da nomeação, o que se fez, no caso dos autos, por meio de prova documental.

Ora, Excelência, conforme será constatado de forma mais minuciosa e conclusiva nos tópicos infra, os pontos elencados pelo STF para o reconhecimento do direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado fora das vagas do concurso público estão claramente satisfeitos:

I) Em relação à existência de novas vagas:

O Portal da Transparência do TJ/CE evidencia, em sua última atualização, em dezembro de 2017, a quantidade de 66 cargos vagos para Analista Judiciário. Ademais, comprovou-se a ocorrência de mais 5 exonerações de ocupantes do mesmo cargo desde janeiro de 2018, gerando vacâncias que precisarão ser repostas.

Comprova-se, além disso, que a existência dos cargos vagos por decorrência de vacâncias da ampla maioria de AJAJ que optaram pelo novo PCCR de 2010 em diante, é atestada pelo próprio comportamento do TJCE até o início de 2018, nomeando nesse período centenas de aprovados como reposição de vacâncias.

Ora, após anos e anos se valendo de uma determinada interpretação, enquanto era da sua conveniência, a gestão do Tribunal decide, subitamente, sem fatos novos, mudar de posicionamento interpretativo, buscando inviabilizar a nomeação de mais servidores efetivos. Assim, o ente estatal incorre na vedação à conduta contraditória, ou venire contra factum proprium.

Os cidadãos, incluindo os aprovados em concursos públicos, não podem ficar à mercê dessa instabilidade jurídica e indefinição arbitrária do Estado sobre situações jurídicas que possuem repercussão direta na esfera jurídica de terceiros.

II - Em relação à necessidade inequívoca de nomeação da recorrente:

Resta incontestado a carência premente de servidores efetivos, principalmente Analistas Judiciários - Área Judiciária (AJAJ), no TJCE, e que a extrema necessidade de força de trabalho para desempenho de atividades jurídicas levou o órgão a realizar as mais diversas tentativas irregulares de preencher dita defasagem, criando cargos comissionados na mesma área e atribuição, contratando terceirizados com formação jurídica a exercer atividade -fim, utilizando cedidos de prefeituras, tudo isto para atividades típicas de AJAJ, como, por exemplo, elaborar minutas de decisões judiciais. Deste modo, aumentou-se o percentual autorizado de comissionados sem vínculo efetivo com a Administração Pública.

Além disso, documentos lavrados pelo CJN e pelo TJCE atestam, expressamente, a necessidade de mais servidores efetivos, diante do baixíssimo quantitativo de servidores e auxiliares atualmente.

Todos os fatos ocorridos demonstram inequivocamente a necessidade de nomeação do recorrente desde há muito, durante a vigência do certame.

III - No que tange à preterição imotivada e arbitrária realizada pelo TJCE:

No caso dos autos, houve verdadeiro abuso da discricionariedade do Tribunal para, por mero arbítrio indiferente aos direitos dos aprovados e deveres do Estado, desprestigiar o postulado do concurso público e princípios tão caros à Administração quanto a igualdade de oportunidades e a transparência.

Não obstante houvesse disponibilidade financeira suficiente para a nomeação de centenas de Analistas Judiciários, o TJCE optou, injustificadamente, optou por utilizar recursos e esforços do Judiciário na contratação de comissionados, terceirizados e cedidos, bem como de efetuar manobras indevidas tais como o uso de Técnicos Judiciários com bacharelado em Direito, visando a nítido desvio de função, quando restava grande número de aprovados em certame VIGENTE.

Todas essas formas de EVITAR, a qualquer custo, a nomeação dos aprovados no concurso público, foram decididas e executadas sem que fosse dada nenhuma motivação prévia, explícita, clara, congruente e compatível com a ordem jurídica.

No caso dos autos, o TJCE deixou de nomear, como servidores efetivos, os regularmente aprovados em certame público, para dar lugar à precária nomeação de comissionados.

Certamente alegações de dificuldades orçamentárias não se sustentam, como motivação válida, quando, no mesmo intervalo de

tempo, milhões foram gastos com "secretários" em desvio de função e comissionados a realizarem exatamente as funções que caberiam a servidores efetivos, mormente Analistas Judiciários - Área Judiciária, conforme explanar-se-á mais detalhadamente.  
(...)"(fls. 935/961e).

Em seguida, continua ainda a parte recorrente esmiuçando uma a uma as alegadas formas de preterição, que entende ocorridas no caso, enfatizando, também, os resultados das inspeções do CNJ, a necessidade de nomeação de servidores efetivos, para o cargo de Analista Judiciário - Área Judiciária, e a existência de cargos vagos.

Requer, por fim, a concessão de tutela provisória, nos termos do art. 932, II, do CPC/2015, e, no mérito, a reforma do acórdão recorrido, "reconhecendo a preterição da recorrente e a configuração do seu direito líquido e certo à nomeação e posse no cargo de Analista Judiciário - Área Judiciária" (fl. 1.016e).

Contrarrazões, a fls. 1.086/1.101e, pelo desprovimento do recurso.

Parecer do Ministério Público Federal, a fls. 1.112/1.125e, pelo desprovimento do recurso.

Com razão o **parquet**, não assiste razão a parte recorrente.

Com efeito, consoante decidido pelo STF – no julgamento, sob o regime de repercussão geral, do RE 873.311/PI (Rel. Ministro LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, DJe de 15/04/2016) –, como regra, o candidato aprovado em concurso público, como excedente ao número de vagas ofertadas inicialmente (cadastro reserva), não tem o direito público subjetivo à nomeação, salvo na hipótese de surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso, durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição, de forma arbitrária e imotivada, pela Administração, cumprindo ao interessado, portanto, o dever de comprovar, de forma cabal, esses elementos. No mesmo sentido: STJ, AgInt no RMS 47.879/PI, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/04/2017.

Ora, o que se exige para adequação da via estreita do Mandado de Segurança ao amparo da pretensão deduzida em juízo, é que a matéria não requeira aprofundamento probatório, ou seja, quando nos autos repousem elementos suficientes de modo a possibilitar o seu deslinde.

Assim, quando se diz que o **mandamus** exige a comprovação de direito líquido e certo, está-se a reclamar que os fatos alegados pelo impetrante estejam, **ab initio**, comprovados e relacionem-se com a sua situação concreta, devendo a petição inicial estar acompanhada dos documentos indispensáveis a essa comprovação, o que não ocorreu, no presente caso.

Compulsando os autos, verifica-se que, não obstante vasta em quantidade, a documentação trazida pela recorrente com a inicial não é suficiente para demonstrar, de maneira cabal, que houve inobservância da ordem classificatória em seu favor, tampouco que

houve preterição de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração Pública.

A simples menção de contratação de pessoas para cargos comissionados não conduz à conclusão de que houve qualquer ilegalidade na avença ou o exercício de atribuições próprias do cargo almejado pelo impetrante, bem como a ilação acerca da legislação estadual que teria prejudicado a sua nomeação não são suficientes para a concessão da ordem.

De outro lado, a mera alegação quanto à existência de vaga ou de preterição não é suficiente para caracterizar o direito líquido e certo da impetrante, sendo imperiosa a demonstração de que, no caso concreto, foram realizadas contratações irregulares para o exercício específico das atribuições do cargo almejado, em número suficiente para a nomeação da impetrante, o que não ocorreu, conforme decidiu o Tribunal de origem, **verbis**:

"Entretanto, não assiste razão à parte autora.

**Primeiro, porque não consta nos autos prova pré-constituída da vacância de alguma cargo de Analista Judiciário.**

**Segundo, porque as funções exercidas pelos ocupantes dos cargos de Analista Judiciário e Assistente de Unidade Judiciária, não são idênticas, ao revés, as diferenças entre os cargos são nítidas, não só quanto à abrangência das atribuições mas também no que pertine ao regime jurídico administrativo aplicável a cada um deles.** As funções do cargo em comissão de assistente são bem mais amplas quando comparadas às do Analista Judiciário, além de exigir maiores responsabilidades e relação de confiança com o juiz que irá efetivar a indicação, notadamente em face da incumbência legal de organizar os compromissos do magistrado e de receber pessoas/autoridades que se dirijam ao gabinete, inclusive não possuem estabilidade e são submetidos ao Regime Geral de Previdência Social, que é gerido pelo INSS.

**Terceiro, como já apontamos na decisão interlocutória que indeferiu a liminar, a opção administrativa por essa modalidade de contratação, dadas as especificidades das atribuições que serão desenvolvidas, não apresenta algum resquício de irregularidade, arbitrariedade ou desvio de finalidade.** Trata-se, em verdade, de uma possibilidade regularmente utilizada pela Administração Pública com espeque na CF/1988 (art. 37, V). Assome-se, como também já anotamos naquela decisão precária, que as nomeações questionadas vem ocorrendo, com base numa lei, no caso, a Lei nº 16.208/2017, que, até prova em contrário ou declaração de alguma inconstitucionalidade, se ressoa válida.

**Quarto, in casu, bom que se frise, a promotiva foi aprovada**

fora do número de vagas, e, neste caso, o entendimento do STF é de que a expectativa de nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas somente se convola em direito líquido e certo quando evidente situação que aponte prejuízo injustificável à regra do concurso público, a exemplo da contratação de pessoal de forma precária, dentro do prazo de validade do certame, para ocupar os mesmos cargos e realizar as mesmas funções ofertadas no concurso ou surgidas no decorrer do seu prazo de validade, o que não ocorre na espécie em exame, como acima referimos.

Cabe, aqui, trazer à colação o entendimento do Supremo:

(...)

Com efeito, se nos afigura que o provimento de cargo comissionado pela lei, no caso, a de nº 16.208/2017, não tem o condão de ensejar preterição de candidato aprovado em concurso público para provimento dos cargos de Analista Judiciário - Área Judiciária - AJAJ, como apontou a parte autora do presente writ.

Vejamos o entendimento da jurisprudência:

(...)

Portanto, no caso em análise, a existência de cargos temporários não implica em preterição do candidato aprovado no concurso público, haja vista que estes devem respeitar a conveniência e oportunidade da Administração Pública, situações essas que não significam vacância de cargo e não tem o condão de demonstrar a existência de cargo público vago, de sorte que não adquire direito à nomeação os candidatos tidos como excedentes porque adrede aprovados em concurso público, o edital só vincula o poder público à contratação de aprovados que se comportem dentro do número de vagas existentes.

A aprovação em concurso público gera apenas expectativa de direito - "spei ius" - à nomeação, sendo defeso ao Poder Judiciário impor ao Estado a admissão, posse e exercício no cargo de candidato aprovado em concurso público, tirante apenas a preterição de candidato em detrimento de outro com classificação inferior no certame.

Afora o que acima expedimos, cabe por oportuno registrar que a matéria em pauta restou recentemente apreciada e amplamente discutida pelo Plenário do Órgão Especial desta Corte Estadual de Justiça, oportunidade em que o douto colega, desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes, exarou o Voto- Vencedor do caso, cujo

voto-vista nos autos do Mandado de Segurança de nº 0626126-06.2017.8.06.0000 (julgamento em 06/12/2018), ficou assim ementado:

(...)

Diante do exposto e em consonância com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, denego a segurança requestada" (fls. 918/923e)

Outrossim, vale destacar, por oportuno, excerto do parecer ministerial que bem elucida a controvérsia deduzida no presente recurso:

"Voltando-se à averiguação de conduta arbitrária do poder público, conforme orientação pacífica do STF, o desempenho precário, por terceirização ou por cargo em comissão, de atribuições idênticas às de cargo efetivo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, equivale à preterição da ordem de classificação no certame. Dele nasce o direito à nomeação .

Os argumentos da parte, entretanto, não conduzem ao deferimento da ordem.

**Eventual certeza e liquidez do direito à nomeação, nos termos da jurisprudência consolidada sobre o tema, demandaria prova da preterição arbitrária, ou seja, do provimento precário da vaga remanescente. A mera existência de vaga, por si só, não gera automaticamente o direito à nomeação de candidato aprovado fora do previsto no edital.**

A recorrente insiste na existência de 73 cargos vagos de Analista Judiciário - Área Judiciária do TJCE, dentro do prazo de validade do concurso. Afirma que já foram nomeados 115 analistas judiciário e que o número de cargos ainda vagos, preenchidos precariamente por comissionados, contratados e estagiários, dentro do prazo de validade do concurso, seria suficiente "para alcançar sua classificação": 132º lugar.

**Mesmo que o cálculo da impetrante estivesse correto, quanto ao número de cargos vagos de Analista Judiciário - Área Judiciária, eventual concessão da ordem esbarra da insuficiência da prova pré-constituída, quanto à alegada preterição arbitrária.**

**Apesar da quantidade extraordinária de documentos anexados à impetração (f. 57-835), nenhum deles prova a ocupação de cargo efetivo de Analista Judiciário por servidores comissionados, pessoas contratadas temporariamente ou estagiários, para o desempenho de atribuições típicas do cargo**

**de Analista Judiciário. Muito menos, em número que atinja a classificação da impetrante no concurso.** Tampouco a recorrente se desincumbiu o ônus de indicar precisamente quais seriam essas provas específicas de seu alegado direito certo e líquido à nomeação. **Há meras ilações da recorrente sobre validade de lei estadual instituidora de cargos em comissão de assessoramento de magistrados, do concurso de remoção, do programa de estágio e do pregão eletrônico destinado à contratação pelo TJCE de "serviço continuado em secretariado", cujas atribuições, ao contrário do afirmado pela impetrante, não coincidem com as de Analista Judiciário - Área Judiciária, conforme se extrai do termo de referência da aludida contratação (f. 32 3):**

(...)

**Tampouco o fato de se exigir bacharelado em Direito, como condição para participação técnicos judiciários de concurso de remoção do TJCE, constitui prova cabal de que esses servidores exerçam efetivamente as atribuições próprias do cargo de Analista Judiciário. Apenas indícios de preterição arbitrária de Analistas concursados não bastam à concessão da ordem.**

**A impetração também carece de prova pré-constituída da alegação de que servidores municipais cedidos ao TJCE estariam "tomando para si as atribuições de Analistas Judiciários - Área Judiciária, dada a ausência de servidores efetivos em muitas varas, ou sua quantidade diminuta na maioria das demais".** Aliás, sobre esse tema da impetração, os documentos juntados são os seguintes: 1 - solicitação de concessão de horas extras a servidores do Município de Quixeramobim cedidos ao judiciário daquela localidade (f. 375); 2 - pedido de auxílio combustível a servidor municipal lotado no fórum de Quixeramobim (f. 376); 3 - resposta negativa do prefeito de Quixeramobim ao juízo solicitante das horas-extras (f. 377); 4 - pedido de cessão de servidor do Município de Quixeramobim para lotação nas Secretaria de Vara e Cartório Eleitoral da comarca do aludido município, sem especificação das atividades (f. 378); 5 - pedido de cessão de servidora municipal, para lotação no protocolo do Fórum de Quixeramobim (f. 382, 383).

**Em suma, o recurso ordinário, tão prolixo quanto a impetração, não infirma a fundamentação do acórdão, quanto à ausência de prova da preterição arbitrária que convolaria a mera expectativa de nomeação da impetrante, aprovada fora do número de vagas do edital, em direito certo e líquido.**



**O feito padece do mesmo defeito identificado pelo STJ no caso similar:**

Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Concurso público. Candidato classificado fora do número de vagas previstas no edital. Mera expectativa de direito à nomeação. Ausência de prova pré-constituída da preterição alegada.

1. Discute-se, em suma, a existência ou não de direito líquido e certo à nomeação de candidato aprovado em certame público fora do número de vagas previsto no edital (cadastro de reserva).

2. O STJ entende que os candidatos aprovados fora do número de vagas determinado originariamente no edital, os quais integram o cadastro de reserva, não possuem direito líquido e certo à nomeação, mas mera expectativa de direito para o cargo a que concorreram. Precedente: AgRg no REsp 1.233.644/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 13.4.2011.

3. A Corte Especial do STJ passou a seguir a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 837.311/PI, segundo a qual "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" (Tema 784/STF) (AgInt no RE nos EDcl no AgInt no RMS 48.056/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 15.9.2017). No mesmo sentido: AgInt no RMS 52.114/GO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.8.2017.

4. A "paralela contratação de servidores temporários, ou ainda, como no caso, o emprego de servidores comissionados, terceirizados ou estagiários, só por si, não caracterizam preterição na convocação e nomeação dos impetrantes ou autorizam a conclusão de que tenham automaticamente surgido vagas correlatas no quadro efetivo, a ensejar o chamamento de

candidatos aprovados em cadastro de reserva ou fora do número de vagas previstas no edital condutor do certame" (STJ, AgInt no RMS 52.353/MS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 03/02/2017 5. Sendo assim, não há, nos autos, elementos suficientes para demonstrar o surgimento de novas vagas, alcançando sua classificação, ou a preterição do direito do insurgente de ser nomeado, por contratação irregular de servidores comissionados, para o mesmo cargo em que aprovado. Ausência, portanto, de comprovação de direito líquido e certo.

6. Recurso Ordinário não provido.

RMS 60.820, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18.6.2019

(...)" (fls. 1.116/1.124e).

Nessa mesma linha, a jurisprudência desta Corte:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. AUSÊNCIA DE COMBATE A FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS DO ACÓRDÃO. APLICAÇÃO DO ÓBICE DA SÚMULA N. 283/STF. CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO. APROVAÇÃO FORA DAS VAGAS. VIA MANDAMENTAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO SURGIMENTO DE VAGAS EFETIVAS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - A falta de combate a fundamento suficiente para manter o acórdão recorrido justifica a aplicação, por analogia, da Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal.

**III - O acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual o candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, em razão de possuir mera**

**expectativa de direito à nomeação, deve demonstrar a existência de cargo efetivo vago e que a quantidade de contratações precárias irregulares foi suficiente para alcançar a classificação obtida pela recorrente, de modo a possibilitar a análise da alegada preterição, haja vista a vedação de dilação probatória na via mandamental.**

**IV - A contratação temporária para atender à necessidade transitória de excepcional interesse público, consoante o art. 37, IX, da Constituição da República, não tem o condão, por si só, de comprovar a preterição dos candidatos regularmente aprovados, bem como a existência de cargos efetivos vagos.**

**V - In casu, não há direito líquido e certo a ser amparado, haja vista a ausência de demonstração de cargos efetivos vagos, bem como da alegada preterição da parte recorrente, sendo a dilação probatória providência vedada no mandado de segurança.**

**VI - As Agravantes não apresentam, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.**

**VII - Agravo Interno improvido" (STJ, AgInt no RMS 50.060/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 17/08/2016)**

Lado outro, consoante a compreensão firmada no Superior Tribunal de Justiça, "a paralela contratação de servidores temporários, ou ainda, como no caso, o emprego de servidores comissionados, terceirizados ou estagiários, só por si, não caracterizam preterição na convocação e nomeação dos impetrantes ou autorizam a conclusão de que tenham automaticamente surgido vagas correlatas no quadro efetivo, a ensejar o chamamento de candidatos aprovados em cadastro de reserva ou fora do número de vagas previstas no edital condutor do certame" (STJ, AgInt no RMS 52.353/MS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 03/02/2017).

Outrossim, esta Corte possui entendimento de que a alegada existência de servidor desviado de suas funções, não caracteriza preterição de candidatos aprovados em concurso público, "tendo em vista que estas pessoas não ocupam cargos efetivos vagos que seriam, em tese, supridos pelos candidatos aprovados no certame. Precedente: AgRg no MS 19.381/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, DJe 01/02/2013" (AgRg no RMS 45.705/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 19/10/2016)

Encontra amparo, portanto, na jurisprudência desta Corte, o julgado do

# *Superior Tribunal de Justiça*

Tribunal de origem que, na espécie, denegou a ordem, ao fundamento de que "não consta nos autos prova pré-constituída da vacância de alguma cargo de Analista Judiciário" (fl. 918e).

Assim, inafastável a conclusão de que ausente direito líquido e certo a ser amparado mediante a presente ação mandamental.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, XVIII, **b**, do RISTJ, nego provimento ao Recurso Ordinário, prejudicado o exame da tutela provisória requerida.

I.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES  
Relatora