



Número: **0800811-22.2017.8.14.0015**

Classe: **APELAÇÃO CÍVEL**

Órgão julgador colegiado: **1ª Turma de Direito Público**

Órgão julgador: **Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN**

Última distribuição : **19/07/2019**

Valor da causa: **R\$ 1.000,00**

Processo referência: **0800811-22.2017.8.14.0015**

Assuntos: **Defeito, nulidade ou anulação, Concurso Público / Edital**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **SIM**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
MUNICIPIO DE SAO JOAO DA PONTA (APELANTE)	
CARLOS FEITOSA DE CASTRO - Prefeito de São João da Ponta (APELANTE)	DANIEL BORGES PINTO (ADVOGADO)
PREFEITURA DE SÃO JOÃO DA PONTA (APELANTE)	ALANO LUIZ QUEIROZ PINHEIRO (ADVOGADO) DANIEL BORGES PINTO (ADVOGADO) WILLIAM GOMES PENAFORT DE SOUZA (ADVOGADO)
LEANDRO HOLANDA E SILVA (APELADO)	CLIVIA BARARUA SOLANO (ADVOGADO)
ELLEM TAMIRES RIBEIRO DA SILVA (APELADO)	CLIVIA BARARUA SOLANO (ADVOGADO)
ANDREIA FERREIRA MORAES (APELADO)	CLIVIA BARARUA SOLANO (ADVOGADO)
ANA LUCIA SILVA FREITAS (APELADO)	CLIVIA BARARUA SOLANO (ADVOGADO)
MICHELLE DO SOCORRO DA SILVA EVANGELISTA (APELADO)	CLIVIA BARARUA SOLANO (ADVOGADO)
ELENILSON FERREIRA (APELADO)	CLIVIA BARARUA SOLANO (ADVOGADO)
THAMIRES LAIS DA SILVA CORDOVIL (APELADO)	CLIVIA BARARUA SOLANO (ADVOGADO)
ALBIRENE SOARES ANDRADE (APELADO)	CLIVIA BARARUA SOLANO (ADVOGADO)
MARIA DARCIANE DOS SANTOS BATISTA (APELADO)	CLIVIA BARARUA SOLANO (ADVOGADO)
MARICELY DA COSTA MENINEA (APELADO)	CLIVIA BARARUA SOLANO (ADVOGADO)
EVANIA DO VALE MOURA (APELADO)	CLIVIA BARARUA SOLANO (ADVOGADO)
SUELEN PATRICIA SILVA DA SILVA (APELADO)	CLIVIA BARARUA SOLANO (ADVOGADO)
ANA CAROLINA RODRIGUES DA CRUZ (APELADO)	CLIVIA BARARUA SOLANO (ADVOGADO)
MARCUS VINICIUS ANGELIM DE AZEVEDO (APELADO)	CLIVIA BARARUA SOLANO (ADVOGADO)
NAYARA PALLOMA SANTOS SILVA (APELADO)	BRANDON SOUZA DA PIEDADE (ADVOGADO) CLIVIA BARARUA SOLANO (ADVOGADO)
ISMAEL LAUNE SOUSA (APELADO)	CLIVIA BARARUA SOLANO (ADVOGADO)
ALINE DO SOCORRO OLIVEIRA MESQUITA (APELADO)	CLIVIA BARARUA SOLANO (ADVOGADO)
LEILA DO SOCORRO PEREIRA DA SILVA (APELADO)	CLIVIA BARARUA SOLANO (ADVOGADO)
MANOEL FRANCO DA SILVA JUNIOR (APELADO)	CLIVIA BARARUA SOLANO (ADVOGADO)
RENATA MATOS SILVA (APELADO)	CLIVIA BARARUA SOLANO (ADVOGADO)
SHIRLENE DE JESUS BORGES DE SOUSA (APELADO)	CLIVIA BARARUA SOLANO (ADVOGADO)
SUELLEM COSTA BARBOSA (APELADO)	CLIVIA BARARUA SOLANO (ADVOGADO)
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ MPPA (TERCEIRO INTERESSADO)	MANOEL SANTINO NASCIMENTO JUNIOR (PROCURADOR)

Documentos			
Id.	Data	Documento	Tipo
7349389	02/12/2021 10:12	Acórdão	Acórdão
6990444	02/12/2021 10:12	Relatório	Relatório
6990445	02/12/2021 10:12	Voto do Magistrado	Voto
6990441	02/12/2021 10:12	Ementa	Ementa



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

APELAÇÃO CÍVEL (198) - 0800811-22.2017.8.14.0015

APELANTE: CARLOS FEITOSA DE CASTRO - PREFEITO DE SÃO JOÃO DA PONTA, PREFEITURA DE SÃO JOÃO DA PONTA, MUNICIPIO DE SAO JOAO DA PONTA

APELADO: LEANDRO HOLANDA E SILVA, ELLEM TAMIRES RIBEIRO DA SILVA, ANDREIA FERREIRA MORAES, ANA LUCIA SILVA FREITAS, MICHELLE DO SOCORRO DA SILVA EVANGELISTA, ELENILSON FERREIRA, THAMIRES LAIS DA SILVA CORDOVIL, ALBIRENE SOARES ANDRADE, MARIA DARCIANE DOS SANTOS BATISTA, MARICELY DA COSTA MENINEA, EVANIA DO VALE MOURA, SUELEN PATRICIA SILVA DA SILVA, ANA CAROLINA RODRIGUES DA CRUZ, MARCUS VINICIUS ANGELIM DE AZEVEDO, NAYARA PALLOMA SANTOS SILVA, ISMAEL LAUNE SOUSA, ALINE DO SOCORRO OLIVEIRA MESQUITA, LEILA DO SOCORRO PEREIRA DA SILVA, MANOEL FRANCO DA SILVA JUNIOR, RENATA MATOS SILVA, SHIRLENE DE JESUS BORGES DE SOUSA, SUELLEM COSTA BARBOSA

RELATOR(A): Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. PRETENSÃO À NOMEAÇÃO E POSSE. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1- A recorrente pleiteia sua nomeação e posse, em razão de existir, em tese, funcionários terceirizados realizando tarefas concernentes ao pretendido cargo.

2- O direito líquido e certo à nomeação abarca somente os candidatos aprovados dentro do limite de vagas, tal como previsto inicialmente no edital; aos abrangidos pelo cadastro de reserva existe mera expectativa de direito.

3- Sendo assim, não restou comprovado que as funções exercidas pelos servidores contratados temporariamente são as mesmas a ser desempenhadas pela impetrante.



4- Descabe também, o pedido de retificação do resultado final, em razão de não ver razão a existência de distinção entre os candidatos aprovados e classificados e os candidatos aprovados e não-classificados, uma vez que, o edital aponta que os candidatos aprovados e não-classificados formarão o cadastro de reserva, isto é, poderiam ser chamados em caso de necessidade do Órgão Público.

5- Recurso conhecido, mas desprovido à unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Exmos. Desembargadores que integram a Egrégia 1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade de votos, **CONHECER DA APELAÇÃO CÍVEL, MAS NEGAR-LHE PROVIMENTO**, nos termos do voto do relator.

Belém (PA), 22 de novembro de 2021.

Desembargadora **EZILDA PASTANA MUTRAN**

Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de **APELAÇÃO CÍVEL** interposto por **MUNICÍPIO DE SÃO JOÃO DA PONTA** devidamente representada por advogado habilitado nos autos, artigos 1.009 e ss. do CPC/2015, contra a sentença prolatada pelo douto Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Capital (fls. 209/214) que, nos autos da ação de mandado de segurança, formulada em desfavor do Presidente Sr. Fabrício da costa Modesto da Fundação Centro de Referência em Educação



Ambiental - Escola Bosque Professor Eidorfe Moreira - FUNBOSQUE, indeferiu de plano a petição inicial, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 12.016/2009, e art. 267, I do Código de Processo Civil.

A autora informou em sua inicial que se inscreveu em concurso público promovido pela FUNBOSQUE referente ao Concurso Público 001/2012, em que pleiteava uma vaga no Cargo 24 - Magistério. NS. Pedagogo, tendo sido disponibilizadas 03 (três) vagas, mais cadastro de reserva.

Pontuou ter sido aprovado fora do número de vagas, isto é, na 8ª colocação, porém alegou a existência de servidores temporários ocupando o mesmo cargo para o qual foi aprovado, o que caracterizaria usurpação de sua vaga, transformando sua mera expectativa em direito subjetivo à nomeação e posse.

Por fim, expõe que, a existência de pessoas contratadas precariamente no lugar de candidatos aprovados em concurso público, torna a mera expectativa de direito em direito subjetivo à nomeação e posse da Recorrente.

Juntou documentos de fls. 22/205 dos autos.

Ao final, pediu a concessão liminar e ao final a concessão definitiva da segurança, a fim de que fosse determinada a sua nomeação e posse no cargo público pleiteado.

O juízo de piso facultou a impetrante emendar a inicial, para juntar aos autos a contrafé e cópia dos documentos que instruem a inicial, a fim de atender ao disposto no art. 6º da Lei nº 12.016/09. (fl. 206).

A impetrante peticionou nos autos (fl. 207), informando que já juntou toda a documentação pedida pela magistrada, voltando inclusive a juntar novamente nessa fase processual.

Conforme certidão de fl. 208 dos autos, a secretaria atestou que foi juntado pela



parte a documentação requerida.

Sobreveio sentença (fls. 209/214v), onde a magistrada de piso, indeferiu a petição inicial, extinguindo o mandado de segurança sem resolução do mérito, com base no art. 10 da Lei 12.016/09 e art. 267, I do CPC/73.

A impetrante opôs embargos de declaração (225/229), argumentando omissão no julgado, uma vez que a sentença teria se omitido quanto ao segundo pedido formulado, qual seja, sobre a retificação do edital.

Os aclaratórios foram acolhidos, para, sanando a omissão apontada, esclarecer que não merece retificação o edital de homologação do certame, mantendo-se a sentença em seus demais termos (fls. 231/232v).

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação (fls. 233/251), aduzindo que embora tenha se classificado apenas na 8ª colocação, teria direito subjetivo à nomeação em virtude de ter comprovado nos autos a existência de contratações indevidas para ocupar o mesmo cargo oferecido no certame.

Pontuou ainda que, o conjunto probatório é farto no sentido de demonstrar a existência de cargo vago, ocupado por servidores temporários dentro do prazo de validade do referido concurso, configurando, portanto, ato administrativo eivado de desvio de finalidade, implicando em preterição ao direito da candidata aprovada no concurso público.

Por fim, requereu o conhecimento e provimento do presente recurso para reformar a r. sentença, a fim de que seja nomeada e empossada no cargo público almejado.

Por outro lado, foram apresentadas contrarrazões ao recurso de apelo pela Municipalidade (fls. 252/261), pugnando pela manutenção da sentença em todos os seus termos, tendo em vista a não comprovação dos fatos alegados pelo autor, ora apelante durante o transcurso processual.



Coube-me a relatoria do feito por distribuição (fl. 263).

Instado a se manifestar, o Ministério Público de 2º grau, por intermédio de seu douto 1º Procurador de Justiça Cível, Dr. Manoel Santino Nascimento Junior, opinou pelo conhecimento e desprovemento do recurso, mantendo-se a sentença em sua integralidade. (fls. 267/275).

Vieram-me conclusos os autos. (fl. 275v).

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo a apreciá-lo.

O cerne da questão está em verificar a existência de direito subjetivo da autora a ser nomeada para o cargo efetivo de pedagoga (cargo 24 - Magistério. NS. Pedagogo), no Concurso Público nº 001/2012 da FUNBOSQUE, na qual foi aprovada na 8ª colocação, para o qual foram ofertadas três vagas, tendo como fundamento a preterição de seu direito pela contratação irregular de temporários, para exercer a função para o cargo a qual a mesma prestou concurso, ainda dentro do o prazo de validade do certame.

A este respeito, no caso, a existência de direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, confira-se a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de Recurso Extraordinário nº 837311 /PI, submetido à **sistemática da repercussão geral**, tendo sido fixada a seguinte tese a ser aplicada em todos os processos tratando sobre o tema (**TEMA - 784**):

“Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos:

"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**". (STF. Plenário. RE 837311/PI, Rei. Min. Luiz Fux, julgado em 09/12/2015 - repercussão geral TEMA 784)

Em resumo, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

Compulsando os documentos juntados aos autos, constata-se que os fatos narrados pelo impetrante em sua exordial não se enquadram em nenhuma das hipóteses previstas no entendimento do STF, pois o mesmo foi aprovado fora do número de vagas, portanto, não possui direito subjetivo a nomeação, mas mera expectativa de direito. Também não se verifica preterição de classificação, uma vez que o recorrente sequer menciona tal fato. Resta-nos assim, a análise da preterição quanto a não convocação dos candidatos aprovados em quadro de reserva por preterição de forma arbitrária e imotivada por parte da administração.

Sobre o assunto, note-se que a tese fixada pelo STF frisa a necessidade de que haja prova cabal por parte do requerente, quanto as alegações de preterição, ao mencionar: "...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..."

Sendo assim, para que reste caracterizada a preterição e, conseqüentemente, seja



reconhecido o direito líquido e certo, é necessária demonstração inequívoca de que as contratações precárias visaram não a suprir uma situação emergencial e, sim, o provimento precário de cargo efetivo, para o qual o interessado esteja habilitado pela ordem de classificação no certame.

Compulsando os autos, não vislumbro fundamento relevante para embasar as alegações da suplicante quanto à afirmação de que houve contratação temporária de pessoal em preterição aos candidatos classificados em cadastro de reserva.

Embora se constate a existência de servidores temporários (cópias de Diários Oficiais do Município de fls. 77 a 87), não há como afirmar que as contratações realizadas foram para exercer o mesmo cargo pleiteado pela recorrente, uma vez que a mesma concorreu ao cargo de Magistério N.S. Pedagogo (cargo 24) e, os Diários Oficiais colacionados, demonstram a contratação de Servidores temporários foram para desempenhar as funções de “Magistério 4”.

Assim sendo, cabe esclarecer que não foi possível verificar se as funções exercidas pelos servidores contratados são as mesmas a ser desempenhadas pela apelante, pois, conforme se depreende do próprio Edital de Abertura (fls. 52/63), o Magistério a ser exercido na Fundação Escola Bosque, vai do Magistério em Engenharia Ambiental à Magistério em Educação Religiosa, não oferecendo, portanto, a presente ação, elemento seguro à constatação de preterição ao cargo.

Oportunamente, transcrevo os seguintes precedentes:

“Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PORTARIA 392011. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que os candidatos classificados em concurso público fora do número de vagas previstas no edital possuem mera expectativa de direito à nomeação, apenas adquirindo esse direito caso haja comprovação do surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso público, bem como o interesse da Administração Pública em preenchê-la, o que não ocorreu no caso dos autos. Precedentes: AgRg no REsp 1251125RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves, Primeira Turma, DJe 100512; AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 1398319ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 090312; AgRg no RMS 34.975DF, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda



Turma, DJe 161111; AgRg no REsp 1234880RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 271011; AgRg no REsp 1216937DF, Rel. Min. César Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 070312; MS 16.639DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 200412.

2. Segurança denegada (MS 17.147DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ªS, DJe 01082012)”

“Ementa: CONCURSO PÚBLICO. CLASSIFICAÇÃO EM CADASTRO DE RESERVA. PRETENSÃO DE NOMEAÇÃO. SUPOSTA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA O MESMO CARGO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

1. A jurisprudência deste Tribunal orienta-se por admitir a convocação da mera expectativa de direito em direito público subjetivo quando o candidato aprovado fora do número de vagas tem sua nomeação preterida diante do surgimento, dentro do período de validade do concurso, de vacância do cargo ou de contratação temporária para as mesmas funções.

2. É forçoso, no entanto, a comprovação dessa situação por quem a alega, não havendo no caso concreto evidência de que a contratação temporária efetuada pela Administração tocantinense tenha sido exatamente para as mesmas funções do cargo público oferecido no edital do concurso.

3. Agravo regimental não provido (AgRg nos EDcl no RMS 40.715TO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ªT, DJe 11092013)”

Ademais, deve-se considerar que a contratação de eventual temporário, desde que calcada na legalidade, e observado o disposto na Constituição Federal (art. 37, IX), goza de legitimidade, não configurando por si só preterição de convocação e nomeação de candidatos, ou o surgimento de vagas correlatas no quadro efetivo.

Nesse sentido:

“Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DAS VAGAS. SURGIMENTO DE VAGA. EXONERAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DE DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA. PRECEDENTE DO STJ. INEXISTÊNCIA DE PRETERIÇÃO. TEMA FIXADO EM REPERCUSSÃO GERAL - RE 837.311/PI. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I - A mera contratação de servidores temporários, fundada no art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, não caracteriza a preterição do candidato aprovado em concurso público, visto se tratar de medida tomada para atender necessidades provisórias da Administração. II - Impetrante que não trouxe aos autos argumentos e provas aptos a caracterizar preterição, devendo ser aplicada a jurisprudência fixada acerca do tema, no sentido de não possuir direito líquido e certo o candidato de concurso público aprovado em vaga destinada ao cadastro de reserva, mas sim mera expectativa de direito à nomeação. III - Agravo interno improvido. (STJ - AgInt no RMS: 49104 GO 2015/0208975-1, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 23/05/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/05/2017)”



“Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA AGENTE TÉCNICO DE SERVIÇOS NA ESPECIALIDADE DE TÉCNICO DE ENFERMAGEM. SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DO PIAUÍ. CANDIDATAS APROVADAS FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE TEMPORÁRIOS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE _ OU ABUSO DE PODER. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do STJ não reconhece o direito à nomeação do candidato aprovado fora do número de vagas oferecidas no edital, ainda que para cargos criados por lei superveniente ou que venham a surgir em decorrência de vacância durante a validade do certame. 2. A paralela contratação de servidores temporários, só por si, não caracteriza preterição na convocação e nomeação de candidatos, ou autoriza a conclusão de que tenham automaticamente surgido vagas correlatas no quadro efetivo, a ensejar o chamamento dos aprovados em cadastro de reserva. É que os temporários, admitidos mediante processo seletivo fundado no art. 37, IX, da Constituição Federal, atendem necessidades transitórias da Administração, enquanto os servidores efetivos são recrutados mediante concurso público (Art. 37, II e III da CF) e suprem necessidades permanentes do serviço. Cuidam-se, pois, de institutos diversos, com fundamentos fáticos e jurídicos que não se confundem. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no RMS: 48331 PI 2015/0110345-2, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 17/03/2016, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/04/2016)”

Assim, entendo que o caso em comento não se encaixa em nenhuma das hipóteses previstas pelo entendimento da Suprema Corte, considerando que a autora foi aprovada na 8ª colocação, enquanto que o cargo para o qual concorreu oferecia três vagas, possuindo apenas mera expectativa de direito, bem como, o fato de não ter se desincumbido do ônus de provar a ocorrência de distinguishing, a fundamentar o afastamento da tese firmado pelo Supremo Tribunal Federal - TEMA 784.

Com tais considerações, acolho também os argumentos postos no parecer do Ministério Público, que peço vênia para transcrever, in verbis:

(...) Não obstante, destaco que a Impetrante/Apelante, às fls. 77 a 87, juntou diversas cópias de Diários Oficiais do Município de Belém, demonstrando a contratação de Servidores, a título precário, para, em tese, exercer o mesmo cargo pleiteado pela Impetrante. Todavia, em análise detida, verifico que o Instrumento Convocatório do Concurso Público em apreço, é claro ao disponibilizar 3 (três) vagas para o cargo de Magistério N.S. Pedagogo (cargo pleiteado pela impetrante) e, os Diários Oficiais colacionados, demonstram a contratação de Servidores temporários para o exercício do “Magistério 4”.



Assim, esclareço não ser possível verificar se as funções exercidas pelos servidores contratados são as mesmas a ser desempenhadas pela Impetrante, em caso de nomeação e posse, pois, conforme se depreende do próprio Edital de Abertura (fls. 52 a 63), o Magistério a ser exercido na Fundação Escola Bosque, vai do Magistério em Engenharia Ambiental à Magistério em Educação Religiosa, não oferecendo, portanto, o presente Writ, elemento seguro à constatação de preterição ao cargo.

Por fim, passo a analisar o pedido de retificação da homologação do resultado final do concurso.

A apelante afirmou em suas razões que o Presidente da FUNBOSQUE, quando da homologação do certame, descumpriu o edital, (item 11.1.2), ao não arrolar os candidatos aprovados dentro da proporção em relação ao número de vagas.

Portanto, como foi aprovada em 8º lugar no cargo de Pedagogo e que a quantidade de vagas para esse cargo eram 03 (três), o edital de homologação deveria constar os aprovados até o 9º lugar, pela relação de 3:1 imposta no item 11.1.2, do edital.

Em que pese suas alegações, me filio ao entendimento adotado pelo juízo a quo quando afirmou que não vê razão a existência de distinção entre os candidatos aprovados e classificados e os candidatos aprovados e no-classificados, uma vez que, o edital aponta que os candidatos aprovados e no-classificados formarão o cadastro de reserva, isto é, poderiam ser chamados em caso de necessidade do Órgão Público.

Sendo assim, entendo que a sentença foi exarada corretamente, não havendo nenhum reparo a se fazer quanto a mesma.

Ante o exposto, **NA ESTEIRA DO PARECER MINISTERIAL, CONHEÇO DA APELAÇÃO CÍVEL, MAS NEGO-LHE PROVIMENTO**, mantendo-se a sentença atacada em sua integralidade. Por outro lado, considerando a sucumbência recursal, condeno a autora ao pagamento de custas e honorários, fixados em R\$ 300,00 (trezentos reais), ficando a cobrança suspensa nos termos do art. 98 do CPC/2015, conforme fundamentação lançada ao norte.



É como voto.

P. R. I.

Servirá a presente decisão como mandado/ofício, nos termos da Portaria nº 3731/2015-GP.

Certificado o trânsito em julgado, arquivem-se os autos, dando-se baixa na distribuição.

Belém (PA), 22 de novembro de 2021.

Desembargadora **EZILDA PASTANA MUTRAN**

Relatora

Belém, 30/11/2021



Trata-se de **APELAÇÃO CÍVEL** interposto por **MUNICÍPIO DE SÃO JOÃO DA PONTA** devidamente representada por advogado habilitado nos autos, artigos 1.009 e ss. do CPC/2015, contra a sentença prolatada pelo douto Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Capital (fls. 209/214) que, nos autos da ação de mandado de segurança, formulada em desfavor do Presidente Sr. Fabrício da costa Modesto da Fundação Centro de Referência em Educação Ambiental - Escola Bosque Professor Eidorfe Moreira - FUNBOSQUE, indeferiu de plano a petição inicial, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 12.016/2009, e art. 267, I do Código de Processo Civil.

A autora informou em sua inicial que se inscreveu em concurso público promovido pela FUNBOSQUE referente ao Concurso Público 001/2012, em que pleiteava uma vaga no Cargo 24 - Magistério. NS. Pedagogo, tendo sido disponibilizadas 03 (três) vagas, mais cadastro de reserva.

Pontuou ter sido aprovado fora do número de vagas, isto é, na 8ª colocação, porém alegou a existência de servidores temporários ocupando o mesmo cargo para o qual foi aprovado, o que caracterizaria usurpação de sua vaga, transformando sua mera expectativa em direito subjetivo à nomeação e posse.

Por fim, expõe que, a existência de pessoas contratadas precariamente no lugar de candidatos aprovados em concurso público, torna a mera expectativa de direito em direito subjetivo à nomeação e posse da Recorrente.

Juntou documentos de fls. 22/205 dos autos.

Ao final, pediu a concessão liminar e ao final a concessão definitiva da segurança, a fim de que fosse determinada a sua nomeação e posse no cargo público pleiteado.

O juízo de piso facultou a impetrante emendar a inicial, para juntar aos autos a contrafé e cópia dos documentos que instruem a inicial, a fim de atender ao disposto no art. 6º da Lei nº 12.016/09. (fl. 206).



A impetrante peticionou nos autos (fl. 207), informando que já juntou toda a documentação pedida pela magistrada, voltando inclusive a juntar novamente nessa fase processual.

Conforme certidão de fl. 208 dos autos, a secretaria atestou que foi juntado pela parte a documentação requerida.

Sobreveio sentença (fls. 209/214v), onde a magistrada de piso, indeferiu a petição inicial, extinguindo o mandado de segurança sem resolução do mérito, com base no art. 10 da Lei 12.016/09 e art. 267, I do CPC/73.

A impetrante opôs embargos de declaração (225/229), argumentando omissão no julgado, uma vez que a sentença teria se omitido quanto ao segundo pedido formulado, qual seja, sobre a retificação do edital.

Os aclaratórios foram acolhidos, para, sanando a omissão apontada, esclarecer que não merece retificação o edital de homologação do certame, mantendo-se a sentença em seus demais termos (fls. 231/232v).

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação (fls. 233/251), aduzindo que embora tenha se classificado apenas na 8ª colocação, teria direito subjetivo à nomeação em virtude de ter comprovado nos autos a existência de contratações indevidas para ocupar o mesmo cargo oferecido no certame.

Pontuou ainda que, o conjunto probatório é farto no sentido de demonstrar a existência de cargo vago, ocupado por servidores temporários dentro do prazo de validade do referido concurso, configurando, portanto, ato administrativo eivado de desvio de finalidade, implicando em preterição ao direito da candidata aprovada no concurso público.

Por fim, requereu o conhecimento e provimento do presente recurso para reformar a r. sentença, a fim de que seja nomeada e empossada no cargo público almejado.



Por outro lado, foram apresentadas contrarrazões ao recurso de apelo pela Municipalidade (fls. 252/261), pugnando pela manutenção da sentença em todos os seus termos, tendo em vista a não comprovação dos fatos alegados pelo autor, ora apelante durante o transcurso processual.

Coube-me a relatoria do feito por distribuição (fl. 263).

Instado a se manifestar, o Ministério Público de 2º grau, por intermédio de seu douto 1º Procurador de Justiça Cível, Dr. Manoel Santino Nascimento Junior, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso, mantendo-se a sentença em sua integralidade. (fls. 267/275).

Vieram-me conclusos os autos. (fl. 275v).

É o relatório.



Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo a apreciá-lo.

O cerne da questão está em verificar a existência de direito subjetivo da autora a ser nomeada para o cargo efetivo de pedagoga (cargo 24 - Magistério. NS. Pedagogo), no Concurso Público nº 001/2012 da FUNBOSQUE, na qual foi aprovada na 8ª colocação, para o qual foram ofertadas três vagas, tendo como fundamento a preterição de seu direito pela contratação irregular de temporários, para exercer a função para o cargo a qual a mesma prestou concurso, ainda dentro do o prazo de validade do certame.

A este respeito, no caso, a existência de direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, confira-se a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de Recurso Extraordinário nº 837311 /PI, submetido à **sistemática da repercussão geral**, tendo sido fixada a seguinte tese a ser aplicada em todos os processos tratando sobre o tema (**TEMA - 784**):

“Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos:

“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**”. (STF. Plenário. RE 837311/PI, Rei. Min. Luiz Fux, julgado em 09/12/2015 - repercussão geral TEMA 784)

Em resumo, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas,



ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

Compulsando os documentos juntados aos autos, constata-se que os fatos narrados pelo impetrante em sua exordial não se enquadram em nenhuma das hipóteses previstas no entendimento do STF, pois o mesmo foi aprovado fora do número de vagas, portanto, não possui direito subjetivo a nomeação, mas mera expectativa de direito. Também não se verifica preterição de classificação, uma vez que o recorrente sequer menciona tal fato. Resta-nos assim, a análise da preterição quanto a não convocação dos candidatos aprovados em quadro de reserva por preterição de forma arbitrária e imotivada por parte da administração.

Sobre o assunto, note-se que a tese fixada pelo STF frisa a necessidade de que haja prova cabal por parte do requerente, quanto as alegações de preterição, ao mencionar: "...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..."

Sendo assim, para que reste caracterizada a preterição e, conseqüentemente, seja reconhecido o direito líquido e certo, é necessária demonstração inequívoca de que as contratações precárias visaram não a suprir uma situação emergencial e, sim, o provimento precário de cargo efetivo, para o qual o interessado esteja habilitado pela ordem de classificação no certame.

Compulsando os autos, não vislumbro fundamento relevante para embasar as alegações da suplicante quanto à afirmação de que houve contratação temporária de pessoal em preterição aos candidatos classificados em cadastro de reserva.

Embora se constate a existência de servidores temporários (cópias de Diários Oficiais do Município de fls. 77 a 87), não há como afirmar que as contratações realizadas foram para exercer o mesmo cargo pleiteado pela recorrente, uma vez que a mesma concorreu ao cargo de Magistério N.S. Pedagogo (cargo 24) e, os Diários Oficiais colacionados, demonstram a contratação de Servidores temporários foram para desempenhar as funções de "Magistério 4".



Assim sendo, cabe esclarecer que não foi possível verificar se as funções exercidas pelos servidores contratados são as mesmas a ser desempenhadas pela apelante, pois, conforme se depreende do próprio Edital de Abertura (fls. 52/63), o Magistério a ser exercido na Fundação Escola Bosque, vai do Magistério em Engenharia Ambiental à Magistério em Educação Religiosa, não oferecendo, portanto, a presente ação, elemento seguro à constatação de preterição ao cargo.

Oportunamente, transcrevo os seguintes precedentes:

“Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PORTARIA 392011. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que os candidatos classificados em concurso público fora do número de vagas previstas no edital possuem mera expectativa de direito à nomeação, apenas adquirindo esse direito caso haja comprovação do surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso público, bem como o interesse da Administração Pública em preenchê-la, o que não ocorreu no caso dos autos. Precedentes: AgRg no REsp 1251125RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves, Primeira Turma, DJe 100512; AgRg nos EDcl no EDcl no Ag 1398319ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 090312; AgRg no RMS 34.975DF, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 161111; AgRg no REsp 1234880RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 271011; AgRg no REsp 1216937DF, Rel. Min. César Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 070312; MS 16.639DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 200412.

2. Segurança denegada (MS 17.147DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ªS, DJe 01082012)”

“Ementa: CONCURSO PÚBLICO. CLASSIFICAÇÃO EM CADASTRO DE RESERVA. PRETENSÃO DE NOMEAÇÃO. SUPOSTA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA O MESMO CARGO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

1. A jurisprudência deste Tribunal orienta-se por admitir a convocação da mera expectativa de direito em direito público subjetivo quando o candidato aprovado fora do número de vagas tem sua nomeação preterida diante do surgimento, dentro do período de validade do concurso, de vacância do cargo ou de contratação temporária para as mesmas funções.

2. É forçoso, no entanto, a comprovação dessa situação por quem a alega, não havendo no caso concreto evidência de que a contratação temporária efetuada pela Administração tocantinense tenha sido exatamente para as mesmas funções do cargo público oferecido no edital do concurso.

3. Agravo regimental não provido (AgRg nos EDcl no RMS 40.715TO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ªT, DJe 11092013)”



Ademais, deve-se considerar que a contratação de eventual temporário, desde que calcada na legalidade, e observado o disposto na Constituição Federal (art. 37, IX), goza de legitimidade, não configurando por si só preterição de convocação e nomeação de candidatos, ou o surgimento de vagas correlatas no quadro efetivo.

Nesse sentido:

“Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DAS VAGAS. SURGIMENTO DE VAGA. EXONERAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DE DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA. PRECEDENTE DO STJ. INEXISTÊNCIA DE PRETERIÇÃO. TEMA FIXADO EM REPERCUSSÃO GERAL - RE 837.311/PI. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I - A mera contratação de servidores temporários, fundada no art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, não caracteriza a preterição do candidato aprovado em concurso público, visto se tratar de medida tomada para atender necessidades provisórias da Administração. II - Impetrante que não trouxe aos autos argumentos e provas aptos a caracterizar preterição, devendo ser aplicada a jurisprudência fixada acerca do tema, no sentido de não possuir direito líquido e certo o candidato de concurso público aprovado em vaga destinada ao cadastro de reserva, mas sim mera expectativa de direito à nomeação. III - Agravo interno improvido. (STJ - AgInt no RMS: 49104 GO 2015/0208975-1, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 23/05/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/05/2017)”

“Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA AGENTE TÉCNICO DE SERVIÇOS NA ESPECIALIDADE DE TÉCNICO DE ENFERMAGEM. SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DO PIAUÍ. CANDIDATAS APROVADAS FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE TEMPORÁRIOS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE _ OU ABUSO DE PODER. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do STJ não reconhece o direito à nomeação do candidato aprovado fora do número de vagas oferecidas no edital, ainda que para cargos criados por lei superveniente ou que venham a surgir em decorrência de vacância durante a validade do certame. 2. A paralela contratação de servidores temporários, só por si, não caracteriza preterição na convocação e nomeação de candidatos, ou autoriza a conclusão de que tenham automaticamente surgido vagas correlatas no quadro efetivo, a ensejar o chamamento dos aprovados em cadastro de reserva. É que os temporários, admitidos mediante processo seletivo fundado no art. 37, IX, da Constituição Federal, atendem necessidades transitórias da Administração, enquanto os servidores efetivos são recrutados mediante concurso público (Art. 37, II e III da CF) e suprem necessidades permanentes do serviço. Cuidam-se, pois, de institutos diversos, com fundamentos fáticos e jurídicos que não se confundem. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no RMS: 48331 PI 2015/0110345-2, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 17/03/2016, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de



Publicação: DJe 01/04/2016)”

Assim, entendo que o caso em comento não se encaixa em nenhuma das hipóteses previstas pelo entendimento da Suprema Corte, considerando que a autora foi aprovada na 8ª colocação, enquanto que o cargo para o qual concorreu oferecia três vagas, possuindo apenas mera expectativa de direito, bem como, o fato de não ter de desincumbido do ônus de provar a ocorrência de *distinguishing*, a fundamentar o afastamento da tese firmado pelo Supremo Tribunal Federal - TEMA 784.

Com tais considerações, acolho também os argumentos postos no parecer do Ministério Público, que peço vênha para transcrever, *in verbis*:

(...) Não obstante, destaco que a Impetrante/Apelante, às fls. 77 a 87, juntou diversas cópias de Diários Oficiais do Município de Belém, demonstrando a contratação de Servidores, a título precário, para, em tese, exercer o mesmo cargo pleiteado pela Impetrante. Todavia, em análise detida, verifico que o Instrumento Convocatório do Concurso Público em apreço, é claro ao disponibilizar 3 (três) vagas para o cargo de Magistério N.S. Pedagogo (cargo pleiteado pela impetrante) e, os Diários Oficiais colacionados, demonstram a contratação de Servidores temporários para o exercício do “Magistério 4”.

Assim, esclareço não ser possível verificar se as funções exercidas pelos servidores contratados são as mesmas a ser desempenhadas pela Impetrante, em caso de nomeação e posse, pois, conforme se depreende do próprio Edital de Abertura (fls. 52 a 63), o Magistério a ser exercido na Fundação Escola Bosque, vai do Magistério em Engenharia Ambiental à Magistério em Educação Religiosa, não oferecendo, portanto, o presente *Writ*, elemento seguro à constatação de preterição ao cargo.

Por fim, passo a analisar o pedido de retificação da homologação do resultado final do concurso.

A apelante afirmou em suas razões que o Presidente da FUNBOSQUE, quando da homologação do certame, descumpriu o edital, (item 11.1.2), ao não arrolar os candidatos aprovados dentro da proporção em relação ao número de vagas.

Portanto, como foi aprovada em 8º lugar no cargo de Pedagogo e que a quantidade de vagas para esse cargo eram 03 (três), o edital de homologação deveria constar os aprovados



até o 9º lugar, pela relação de 3:1 imposta no item 11.1.2, do edital.

Em que pese suas alegações, me filio ao entendimento adotado pelo juízo a quo quando afirmou que não vê razão a existência de distinção entre os candidatos aprovados e classificados e os candidatos aprovados e no-classificados, uma vez que, o edital aponta que os candidatos aprovados e no-classificados formarão o cadastro de reserva, isto é, poderiam ser chamados em caso de necessidade do Órgão Público.

Sendo assim, entendo que a sentença foi exarada corretamente, não havendo nenhum reparo a se fazer quanto a mesma.

Ante o exposto, **NA ESTEIRA DO PARECER MINISTERIAL, CONHEÇO DA APELAÇÃO CÍVEL, MAS NEGO-LHE PROVIMENTO**, mantendo-se a sentença atacada em sua integralidade. Por outro lado, considerando a sucumbência recursal, condeno a autora ao pagamento de custas e honorários, fixados em R\$ 300,00 (trezentos reais), ficando a cobrança suspensa nos termos do art. 98 do CPC/2015, conforme fundamentação lançada ao norte.

É como voto.

P. R. I.

Servirá a presente decisão como mandado/ofício, nos termos da Portaria nº 3731/2015-GP.

Certificado o trânsito em julgado, arquivem-se os autos, dando-se baixa na distribuição.

Belém (PA), 22 de novembro de 2021.

Desembargadora **EZILDA PASTANA MUTRAN**



Relatora



Assinado eletronicamente por: EZILDA PASTANA MUTRAN - 02/12/2021 10:12:48

<https://pje-consultas.tjpa.jus.br/pje-2g-consultas/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=21120210124847400000006794768>

Número do documento: 21120210124847400000006794768

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. PRETENSÃO À NOMEAÇÃO E POSSE. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1- A recorrente pleiteia sua nomeação e posse, em razão de existir, em tese, funcionários terceirizados realizando tarefas concernentes ao pretendido cargo.

2- O direito líquido e certo à nomeação abarca somente os candidatos aprovados dentro do limite de vagas, tal como previsto inicialmente no edital; aos abrangidos pelo cadastro de reserva existe mera expectativa de direito.

3- Sendo assim, não restou comprovado que as funções exercidas pelos servidores contratados temporariamente são as mesmas a ser desempenhadas pela impetrante.

4- Descabe também, o pedido de retificação do resultado final, em razão de não ver razão a existência de distinção entre os candidatos aprovados e classificados e os candidatos aprovados e não-classificados, uma vez que, o edital aponta que os candidatos aprovados e não-classificados formarão o cadastro de reserva, isto é, poderiam ser chamados em caso de necessidade do Órgão Público.

5- Recurso conhecido, mas desprovido à unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Exmos. Desembargadores que integram a Egrégia 1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade de votos, **CONHECER DA APELAÇÃO CÍVEL, MAS NEGAR-LHE PROVIMENTO**, nos termos do voto do relator.

Belém (PA), 22 de novembro de 2021.

Desembargadora **EZILDA PASTANA MUTRAN**

Relatora

