



Número: **0831351-97.2019.8.14.0301**

Classe: **APELAÇÃO CÍVEL**

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

Órgão julgador: **Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN**

Última distribuição : **14/07/2021**

Valor da causa: **R\$ 60.000,00**

Processo referência: **0831351-97.2019.8.14.0301**

Assuntos: **Servidor Público Civil, Classificação e/ou Preterição**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **SIM**

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

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
PAULO GLEIDSON MARTINS MIRANDA (APELANTE)	VITOR DE ASSIS VOSS (ADVOGADO) MARVYN KEVIN VALENTE BRITO (ADVOGADO)
ESTADO DO PARÁ (APELADO)	
Ministério Público do Estado do Pará (TERCEIRO INTERESSADO)	ESTEVAM ALVES SAMPAIO FILHO (PROCURADOR)

Documentos				
Id.	Data	Movimento	Documento	Tipo
10670364	17/08/2022 12:59	Conhecido o recurso de ESTADO DO PARÁ - CNPJ: 05.054.861/0001-76 (APELADO), ESTEVAM ALVES SAMPAIO FILHO - CPF: 036.981.223-91 (PROCURADOR), MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ - CNPJ: 05.054.960/0001-58 (REPRESENTANTE), Ministério Público do Estado do Pará (TERCEIRO INTERESSADO), PAULO GLEIDSON MARTINS MIRANDA - CPF: 693.951.872-04 (APELANTE) e PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO PARÁ - CNPJ: 04.976.700/0001-77 (REPRESENTANTE) e não-provido	Acórdão	Acórdão
9999630	17/08/2022 12:59	Sem movimento	Relatório	Relatório

9999632	17/08/2022 12:59	Sem movimento	Voto do Magistrado	Voto
9999633	17/08/2022 12:59	Sem movimento	Ementa	Ementa

Expedientes		
Expediente	Prazo	Fechado
Intimação(737489) MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ Sistema(20/07/2021 21:03) ESTEVA ALVES SAMPAIO FILHO registrou ciência em 22/07/2021 22:31 Prazo 30 dias	02/09/2021 23:59 (para manifestação)	SIM
Intimação de Pauta(1186764) PAULO GLEIDSON MARTINS MIRANDA Sistema(27/07/2022 10:07) MARVYN KEVIN VALENTE BRITO registrou ciência em 01/08/2022 10:52 Sem Prazo		NÃO
Intimação de Pauta(1186766) Ministério Público do Estado do Pará Sistema(27/07/2022 10:07) ESTEVA ALVES SAMPAIO FILHO registrou ciência em 31/07/2022 13:08 Sem Prazo		SIM
Intimação de Pauta(1186765) ESTADO DO PARÁ Sistema(27/07/2022 10:07) ANA CAROLINA LOBO GLUCK PAUL registrou ciência em 27/07/2022 11:43 Sem Prazo		NÃO
Acórdão(1214218) ESTADO DO PARÁ Sistema(17/08/2022 13:04) Prazo 30 dias	29/08/2022 23:59 (para manifestação)	NÃO
Acórdão(1214217) PAULO GLEIDSON MARTINS MIRANDA Diário Eletrônico (17/08/2022 13:04) Prazo 15 dias		NÃO



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

APELAÇÃO CÍVEL (198) - 0831351-97.2019.8.14.0301

APELANTE: PAULO GLEIDSON MARTINS MIRANDA

APELADO: ESTADO DO PARÁ

REPRESENTANTE: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO PARÁ

RELATOR(A): Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN

EMENTA

AÇÃO ORDINÁRIA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. PROCESSO SELETIVO. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. VAGAS PARA FUNÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE SERVIDORES PÚBLICOS, EMPREGADOS PÚBLICOS E CONTRATADOS. AUSÊNCIA DE PRETERIÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DE EXISTÊNCIA DE CARGOS VAGOS QUE TENHAM SIDO OCUPADOS PELO APROVADOS NO PROCESSO SELETIVO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. A parte autora não trouxe aos autos prova pré-constituída do direito alegado, ou seja, não comprovou a contratação de servidores temporários para o mesmo cargo em que foi aprovada, assim não conseguindo convolar a expectativa de direito em direito em si.

3. No caso em exame, foi aprovado em 25º lugar no concurso público C-173 que foi organizado conjuntamente pelas Secretarias de Estado de Administração (SEAD) e Educação (SEDUC).

4. Para que ficasse caracterizada a preterição alegada, teria que trazer como prova pré-constituída, documentos que demonstrasse a existência de cargo público vago, e que esse foi ocupado por candidato aprovado em PSS, em vez de candidato aprovado no concurso público em questão, ainda vigente, o que não se deu no caso concreto.



ACÓRDÃO

ACORDAM os Exmos. Desembargadores que integram a Egrégia 1ª Turma de Direito Público, à unanimidade de votos, conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Belém (PA), 08 de agosto de 2022.

Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN

Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta por PAULO GLEIDSON MARTINS MIRANDA em face da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Fazenda da Capital, nos autos da ação ordinária proposta por PAULO GLEIDSON MARTINS MIRANDA em face do Estado do Pará e SECRETARIA DE ESTADO DE EDUCAÇÃO (SEDUC).

Em síntese, narra a inicial que o autor se inscreveu no Concurso Público C-173, da SEDUC, para o cargo de PROFESSOR DE FÍSICA, URE-18, tendo sido ofertadas de 2 vagas e que foi aprovado na 25ª colocação.

Entende que, a despeito de não haver previsão editalícia de cadastro reserva, poderia ser convocado diante da abertura de novas vagas durante o prazo de validade do concurso e que as novas vagas foram preenchidas de forma precária com a contratação de servidores temporários.

Menciona que a ausência de cadastro reserva prevista no edital mencionado encontra-se eivada de ilegalidade e inconstitucionalidade, uma vez que a Administração Pública está buscando criar uma “brecha” editalícia para burlar o ordenamento jurídico.

Requer a concessão de medida liminar cautelar, impondo ao réu que suspenda a vedação contida na cláusula 1.2.8 do Edital de Abertura, autorizando a utilização de cadastro de reserva, bem como suspenda qualquer contratação temporária de professor enquanto estiver vigente o concurso e convoque, nomeie e dê posse ao Autor.



No mérito, pretende que seja reconhecida e decretada a nulidade da cláusula 1.2.8 do Edital de Abertura, que seja constituído o direito do Autor de ser convocado, nomeado e empossado no cargo de magistério para o qual foi aprovado e que sejam declarados nulos os contratos temporários.

O Juízo se reservou a apreciar o pedido liminar após a manifestação da parte adversa.

O réu foi regularmente notificado e apresentou contestação, afirmando, em síntese, que o concurso não previu a formação de cadastro reserva, que o autor foi aprovado fora do número de vagas e a inexistência de preterição. Ao final, pugnou pela improcedência dos pedidos.

Houve réplica à contestação.

O Ministério Público pugnou pela improcedência dos pedidos.

Foi proferida sentença julgando improcedente o pedido inicial.

Em suas razões recursais o apelante suscita o seguinte: necessidade de novas convocações; preenchimento irregular das vagas de forma precária; realização de novo processo seletivo simplificado; preterição arbitrária; convolação em direito subjetivo.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso.

Foram apresentadas contrarrazões pugnando pelo desprovimento do recurso.

O Ministério Público de 2º Grau opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos processuais, conheço do recurso e passo à sua análise.

No caso em exame, conforme narrado acima, o edital do certame para o cargo pretendido previa suas vagas imediatas, sem previsão de cadastro de reserva, ao passo que o requerente obteve a 25ª colocação.



Dito, isso, relevante destacar que o certame EDITAL Nº 01/2018 – SEAD, 19 DE MARÇO DE 2018 do qual participou o autor como candidato estabeleceu de forma expressa que o concurso não se destinava ao preenchimento de cadastro de reserva. É o que se verifica com a leitura do item 1.2.8., a seguir transcrito:

“1.2.8 O presente concurso não se destina ao preenchimento de cadastro de reserva.”

Nesse compasso, a classificação fora do número de vagas gera apenas mera expectativa de direito, conforme entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa a seguir:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. **CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO.** ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÁRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

(RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016)”

“ A D M I N I S T R A T I V O . M A N D A D O D E SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE ANALISTA DE FINANÇAS E CONTROLE DA CGU, ÁREA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. CANDIDATO APROVADO NO CADASTRO DE RESERVA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ORDEM DENEGADA, EM HARMONIA COM O PARECER MINISTERIAL.

§ **É firme o entendimento do STJ de que os candidatos classificados além das vagas inicialmente oferecidas pelo Edital não têm direito**



Líquido e certo à nomeação, não sendo a criação de vagas por lei e, tampouco o reconhecimento da necessidade de preenchimento dos cargos pela Administração Pública, motivo suficiente para convolar a mera expectativa de direito em direito líquido e certo. Nesse sentido: AgInt nos EDcl no RMS 37.559/DF, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 26.8.2016.

§ (...)

(MS 21.014/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 10/12/2018).”

Ademais, para se reconhecer o direito subjetivo do apelante à nomeação ao cargo pleiteado, cabia-lhe provar, no tocante às vagas remanescentes:

1. “Que os candidatos melhor classificados não teriam interesse ou condições de ocupar o cargo;
2. Que ocorreu a preterição ou violação da ordem de classificação dos candidatos nomeados ou a contratação de outras pessoas, precariamente, para estas mesmas vagas, ainda na vigência do concurso público;
3. A abertura de novo certame, ainda na vigência do anterior.”

Diante dessas situações, excepcionalmente, seria reconhecido o direito subjetivo à nomeação, já que a Administração, de forma inequívoca, declararia a existência de vagas, bem como da necessidade em se convocar novos servidores.

Todavia, a parte autora não trouxe aos autos elementos suficientes para demonstrar que adentrou no número de vagas imediatas previstas, bem como a contratação de servidores temporários para o mesmo cargo em que foi aprovado, assim não conseguindo convolar a expectativa de direito em direito em si.

Outrossim, sabe-se que em se tratando servidores estatais, esses podem ser divididos em servidores públicos, empregados públicos e contratados.

Os **servidores públicos** são aqueles que **ocupam cargo público** perante a Administração Pública direta (União, Estados, DF e Municípios) e à Administração Pública indireta autárquica e fundacional (Autarquias e Fundações Públicas). Eles estão sujeitos ao regime estatutário e são escolhidos através de concurso público e por meio de livre nomeação quanto aos comissionados. Além disso, os servidores que ingressaram por meio de concurso público, possuem estabilidade, que é uma garantia constitucional de permanência no serviço público após 3 (três) anos de estágio probatório e aprovação em avaliação especial de desempenho.

Por sua vez, os **empregados públicos** são os que **ocupam emprego público** e também são selecionados mediante concurso público. Entretanto, são regidos pela CLT – Consolidação das Leis Trabalhista – e estão localizados na administração pública indireta,



especialmente nas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Os empregados públicos não gozam da garantia constitucional da estabilidade.

Já os contratados, ocupam função pública, podem ser vistos na Administração Pública direta ou indireta, desde que atenda aos dois requisitos exigidos pela Carta Magna de 1988, em seu artigo 37, inciso IX, quais sejam: necessidade de contratação temporária; e excepcional interesse público. Ademais, estão sujeitos ao regime especial e são selecionados através de processo seletivo simplificado.

Nesse contexto, importante destacar que todo cargo e emprego público possui função, porém é possível a existência de função sem cargo e emprego. Nesse sentido, relevante a lição de Dirley da Cunha Junior:

“Todo cargo ou emprego público tem função, mas pode haver função sem cargo e sem emprego. A função sem cargo e sem emprego é denominada função autônoma, que na forma da Constituição atual, abrange: A função temporária – exercida por servidores temporários na forma do art. 37, IX da CF – e a função de confiança – prevista no art. 37, V, da CF, e exercida exclusivamente por servidores públicos titulares de cargos efetivos e que se destinam a apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.”

Outrossim, o cargo público, **é criado por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento e caráter efetivo ou em comissão**, nos termos do art. 3º, parágrafo único da Lei nº 8.112/1990.

No caso em exame, o autor foi aprovado em 25º lugar no concurso público C-173 que foi organizado conjuntamente pelas Secretarias de Estado de Administração (SEAD) e Educação (SEDUC), para **cargo** que previa duas vagas.

Já, por exemplo, o Processo Seletivo Simplificado nº 03/2019, foi destinados à contratação por **prazo determinado de profissionais**, e formação de cadastro reserva, para exercer **a função DOCENTE na modalidade Regular e para o Sistema Modular de Ensino - SOME**, na rede pública estadual de educação em atendimento as Unidades Escolares, é o que se observa das informações iniciais contidas no Edital de Abertura:

“A SECRETARIA DE ESTADO DE EDUCAÇÃO/SEDUC torna pública a realização do Processo Seletivo Simplificado **para a contratação por prazo determinado** de profissionais, e formação de cadastro reserva, **para exercer a função DOCENTE** na modalidade Regular e para o Sistema Modular de Ensino - SOME, na rede pública estadual de educação em atendimento as Unidades Escolares. Este PSS será regido pela Lei Complementar Estadual nº 07/1991, Lei Complementar nº 077/2011, Decreto Estadual nº 1.741/2017, Lei 13.146/2015 e demais disposições da Lei Estadual nº 5.810/94, no que couber.”



Feitas as considerações acima, para que ficasse caracterizada a preterição alegada, o apelante teria que trazer como prova pré-constituída, documentos que demonstrasse a existência de **cargo público vago**, e que esse foi ocupado por candidato aprovado no PSS, em vez de candidato aprovado no concurso público em questão, ainda vigente, o que não se deu no caso concreto.

Nesse sentido:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO. CARÁTER EXCEPCIONAL. CONTRATAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO VIGENTE. CADASTRO DE RESERVA. MERA EXPECTATIVA. PRETERIÇÃO. CARGO VAGO. COMPROVAÇÃO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Candidatos aprovados em cadastro de reserva, ou seja, fora do número de vagas estipuladas em edital, estão adstritos ao Poder Discricionário da Administração, segundo sua conveniência e oportunidade (expectativa de direito). 2. A contratação temporária não se confunde com provimento de cargo efetivo, uma vez que deve observância aos requisitos especificados nas normas legais, como prazo certo, atendimento de necessidade temporária e de excepcional interesse público. 3. A convocação da mera expectativa de direito, em direito subjetivo só acontece quando há prova cabal de que existe cargo vago idêntico e para o qual houve concurso público, com candidatos que preencham os mesmos requisitos ao do procedimento simplificado. Ausente na espécie, sendo incabível dilação probatória em sede de Mandado de Segurança. 4. Segurança denegada.

(TJ-AC - MS: 01007387020158010000 AC 0100738-70.2015.8.01.0000, Relator: Roberto Barros, Data de Julgamento: 29/07/2015, Tribunal Pleno Jurisdicional, Data de Publicação: 07/10/2015).”

Assim, a presença de temporários nos quadros estatais não pode ser considerada, por si só, como caracterizadora da preterição dos candidatos aprovados para provimento de cargos efetivos, ainda mais quando não há prova do alegado. Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: AgInt no RMS 51.806/ES, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/3/2017, DJe 30/3/2017 e AgInt no RMS 51.478/ES, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/3/2017, DJe 24/3/2017.

Nesse sentido, colaciono trecho do parecer da Procuradora de Justiça:

“Sobre o tema, saliento que a aprovação de candidato fora do número de vagas ofertadas em edital de concurso público não gera para o interessado direito subjetivo à nomeação, mas tão somente uma expectativa de direito. Outrossim, é cediço salientar que a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o candidato aprovado além do limite do número de vagas ofertadas deve comprovar, de forma efetiva, a existência de cargos vagos, bem como a contratação irregular de temporários por parte da Administração em quantitativo suficiente a ensejar sua nomeação.



Por sua vez, percebo que o apelante não acostou nos autos documentos capazes de comprovar, de fato, a existência de cargos efetivos vagos, bem como que os servidores contratados à títulos precários estão exercendo as atribuições típicas desse cargo.”

Pelo exposto, na linha do parecer ministerial, entendeu que laborou com acerto o Juízo de origem.

DISPOSITIVO.

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao recurso, nos termos da fundamentação lançada que passa a integrar esse dispositivo como se estivesse totalmente transcrita.

É o voto.

Belém (PA), 08 de agosto de 2022.

Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN

Relatora

Belém, 17/08/2022



Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta por PAULO GLEIDSON MARTINS MIRANDA em face da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Fazenda da Capital, nos autos da ação ordinária proposta por PAULO GLEIDSON MARTINS MIRANDA em face do Estado do Pará e SECRETARIA DE ESTADO DE EDUCAÇÃO (SEDUC).

Em síntese, narra a inicial que o autor se inscreveu no Concurso Público C-173, da SEDUC, para o cargo de PROFESSOR DE FÍSICA, URE-18, tendo sido ofertadas de 2 vagas e que foi aprovado na 25ª colocação.

Entende que, a despeito de não haver previsão editalícia de cadastro reserva, poderia ser convocado diante da abertura de novas vagas durante o prazo de validade do concurso e que as novas vagas foram preenchidas de forma precária com a contratação de servidores temporários.

Menciona que a ausência de cadastro reserva prevista no edital mencionado encontra-se eivada de ilegalidade e inconstitucionalidade, uma vez que a Administração Pública está buscando criar uma “brecha” editalícia para burlar o ordenamento jurídico.

Requer a concessão de medida liminar cautelar, impondo ao réu que suspenda a vedação contida na cláusula 1.2.8 do Edital de Abertura, autorizando a utilização de cadastro de reserva, bem como suspenda qualquer contratação temporária de professor enquanto estiver vigente o concurso e convoque, nomeie e dê posse ao Autor.

No mérito, pretende que seja reconhecida e decretada a nulidade da cláusula 1.2.8 do Edital de Abertura, que seja constituído o direito do Autor de ser convocado, nomeado e empossado no cargo de magistério para o qual foi aprovado e que sejam declarados nulos os contratos temporários.

O Juízo se reservou a apreciar o pedido liminar após a manifestação da parte adversa.

O réu foi regularmente notificado e apresentou contestação, afirmando, em síntese, que o concurso não previu a formação de cadastro reserva, que o autor foi aprovado fora do número de vagas e a inexistência de preterição. Ao final, pugnou pela improcedência dos pedidos.

Houve réplica à contestação.

O Ministério Público pugnou pela improcedência dos pedidos.

Foi proferida sentença julgando improcedente o pedido inicial.

Em suas razões recursais o apelante suscita o seguinte: necessidade de novas convocações; preenchimento irregular das vagas de forma precária; realização de novo processo



seletivo simplificado; preterição arbitrária; convalidação em direito subjetivo.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso.

Foram apresentadas contrarrazões pugnando pelo desprovimento do recurso.

O Ministério Público de 2º Grau opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.



Presentes os pressupostos processuais, conheço do recurso e passo à sua análise.

No caso em exame, conforme narrado acima, o edital do certame para o cargo pretendido previa suas vagas imediatas, sem previsão de cadastro de reserva, ao passo que o requerente obteve a 25ª colocação.

Dito, isso, relevante destacar que o certame EDITAL Nº 01/2018 – SEAD, 19 DE MARÇO DE 2018 do qual participou o autor como candidato estabeleceu de forma expressa que o concurso não se destinava ao preenchimento de cadastro de reserva. É o que se verifica com a leitura do item 1.2.8., a seguir transcrito:

“1.2.8 O presente concurso não se destina ao preenchimento de cadastro de reserva.”

Nesse compasso, a classificação fora do número de vagas gera apenas mera expectativa de direito, conforme entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa a seguir:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. **CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO.** ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÁRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

(RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016)”

“ A D M I N I S T R A T I V O . M A N D A D O D E



SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE ANALISTA DE FINANÇAS E CONTROLE DA CGU, ÁREA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. CANDIDATO APROVADO NO CADASTRO DE RESERVA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ORDEM DENEGADA, EM HARMONIA COM O PARECER MINISTERIAL.

§ **É firme o entendimento do STJ de que os candidatos classificados além das vagas inicialmente oferecidas pelo Edital não têm direito líquido e certo à nomeação, não sendo a criação de vagas por lei e, tampouco o reconhecimento da necessidade de preenchimento dos cargos pela Administração Pública, motivo suficiente para convolar a mera expectativa de direito em direito líquido e certo. Nesse sentido: AgInt nos EDcl no RMS 37.559/DF, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 26.8.2016.**

§ (...)

(MS 21.014/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 10/12/2018).”

Ademais, para se reconhecer o direito subjetivo do apelante à nomeação ao cargo pleiteado, cabia-lhe provar, no tocante às vagas remanescentes:

1. “Que os candidatos melhor classificados não teriam interesse ou condições de ocupar o cargo;
2. Que ocorreu a preterição ou violação da ordem de classificação dos candidatos nomeados ou a contratação de outras pessoas, precariamente, para estas mesmas vagas, ainda na vigência do concurso público;
3. A abertura de novo certame, ainda na vigência do anterior.”

Diante dessas situações, excepcionalmente, seria reconhecido o direito subjetivo à nomeação, já que a Administração, de forma inequívoca, declararia a existência de vagas, bem como da necessidade em se convocar novos servidores.

Todavia, a parte autora não trouxe aos autos elementos suficientes para demonstrar que adentrou no número de vagas imediatas previstas, bem como a contratação de servidores temporários para o mesmo cargo em que foi aprovado, assim não conseguindo convolar a expectativa de direito em direito em si.

Outrossim, sabe-se que em se tratando servidores estatais, esses podem ser divididos em servidores públicos, empregados públicos e contratados.

Os **servidores públicos** são aqueles que **ocupam cargo público** perante a Administração Pública direta (União, Estados, DF e Municípios) e à Administração Pública indireta autárquica e fundacional (Autarquias e Fundações Públicas). Eles estão sujeitos ao regime estatutário e são escolhidos através de concurso público e por meio de livre nomeação quanto aos comissionados. Além disso, os servidores que ingressaram por meio de concurso público,



possuem estabilidade, que é uma garantia constitucional de permanência no serviço público após 3 (três) anos de estágio probatório e aprovação em avaliação especial de desempenho.

Por sua vez, os **empregados públicos** são os que **ocupam emprego público** e também são selecionados mediante concurso público. Entretanto, são regidos pela CLT – Consolidação das Leis Trabalhista – e estão localizados na administração pública indireta, especialmente nas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Os empregados públicos não gozam da garantia constitucional da estabilidade.

Já os contratados, ocupam função pública, podem ser vistos na Administração Pública direta ou indireta, desde que atenda aos dois requisitos exigidos pela Carta Magna de 1988, em seu artigo 37, inciso IX, quais sejam: necessidade de contratação temporária; e excepcional interesse público. Ademais, estão sujeitos ao regime especial e são selecionados através de processo seletivo simplificado.

Nesse contexto, importante destacar que todo cargo e emprego público possui função, porém é possível a existência de função sem cargo e emprego. Nesse sentido, relevante a lição de Dirley da Cunha Junior:

“Todo cargo ou emprego público tem função, mas pode haver função sem cargo e sem emprego. A função sem cargo e sem emprego é denominada função autônoma, que na forma da Constituição atual, abrange: A função temporária – exercida por servidores temporários na forma do art. 37, IX da CF – e a função de confiança – prevista no art. 37, V, da CF, e exercida exclusivamente por servidores públicos titulares de cargos efetivos e que se destinam a apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.”

Outrossim, o cargo público, **é criado por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento e caráter efetivo ou em comissão**, nos termos do art. 3º, parágrafo único da Lei nº 8.112/1990.

No caso em exame, o autor foi aprovado em 25º lugar no concurso público C-173 que foi organizado conjuntamente pelas Secretarias de Estado de Administração (SEAD) e Educação (SEDUC), para **cargo** que previa duas vagas.

Já, por exemplo, o Processo Seletivo Simplificado nº 03/2019, foi destinados à contratação por **prazo determinado de profissionais**, e formação de cadastro reserva, para exercer **a função DOCENTE na modalidade Regular e para o Sistema Modular de Ensino - SOME**, na rede pública estadual de educação em atendimento as Unidades Escolares, é o que se observa das informações iniciais contidas no Edital de Abertura:

“A SECRETARIA DE ESTADO DE EDUCAÇÃO/SEDUC torna pública a realização do Processo Seletivo Simplificado **para a contratação por prazo**



determinado de profissionais, e formação de cadastro reserva, **para exercer a função DOCENTE** na modalidade Regular e para o Sistema Modular de Ensino - SOME, na rede pública estadual de educação em atendimento as Unidades Escolares. Este PSS será regido pela Lei Complementar Estadual nº 07/1991, Lei Complementar nº 077/2011, Decreto Estadual nº 1.741/2017, Lei 13.146/2015 e demais disposições da Lei Estadual nº 5.810/94, no que couber.”

Feitas as considerações acima, para que ficasse caracterizada a preterição alegada, o apelante teria que trazer como prova pré-constituída, documentos que demonstrasse a existência de **cargo público vago**, e que esse foi ocupado por candidato aprovado no PSS, em vez de candidato aprovado no concurso público em questão, ainda vigente, o que não se deu no caso concreto.

Nesse sentido:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO. CARÁTER EXCEPCIONAL. CONTRATAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO VIGENTE. CADASTRO DE RESERVA. MERA EXPECTATIVA. PRETERIÇÃO. CARGO VAGO. COMPROVAÇÃO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. **Candidatos aprovados em cadastro de reserva, ou seja, fora do número de vagas estipuladas em edital, estão adstritos ao Poder Discricionário da Administração, segundo sua conveniência e oportunidade (expectativa de direito). 2. A contratação temporária não se confunde com provimento de cargo efetivo, uma vez que deve observância aos requisitos especificados nas normas legais, como prazo certo, atendimento de necessidade temporária e de excepcional interesse público. 3. A convolação da mera expectativa de direito, em direito subjetivo só acontece quando há prova cabal de que existe cargo vago idêntico e para o qual houve concurso público, com candidatos que preencham os mesmos requisitos ao do procedimento simplificado. Ausente na espécie, sendo incabível dilação probatória em sede de Mandado de Segurança. 4. Segurança denegada.**

(TJ-AC - MS: 01007387020158010000 AC 0100738-70.2015.8.01.0000, Relator: Roberto Barros, Data de Julgamento: 29/07/2015, Tribunal Pleno Jurisdicional, Data de Publicação: 07/10/2015).”

Assim, a presença de temporários nos quadros estatais não pode ser considerada, por si só, como caracterizadora da preterição dos candidatos aprovados para provimento de cargos efetivos, ainda mais quando não há prova do alegado. Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: AgInt no RMS 51.806/ES, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/3/2017, DJe 30/3/2017 e AgInt no RMS 51.478/ES, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/3/2017, DJe 24/3/2017.

Nesse sentido, colaciono trecho do parecer da Procuradora de Justiça:

“Sobre o tema, saliento que a aprovação de candidato fora do número de



vagas ofertadas em edital de concurso público não gera para o interessado direito subjetivo à nomeação, mas tão somente uma expectativa de direito. Outrossim, é cediço salientar que a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o candidato aprovado além do limite do número de vagas ofertadas deve comprovar, de forma efetiva, a existência de cargos vagos, bem como a contratação irregular de temporários por parte da Administração em quantitativo suficiente a ensejar sua nomeação.

Por sua vez, percebo que o apelante não acostou nos autos documentos capazes de comprovar, de fato, a existência de cargos efetivos vagos, bem como que os servidores contratados à títulos precários estão exercendo as atribuições típicas desse cargo.”

Pelo exposto, na linha do parecer ministerial, entendeu que laborou com acerto o Juízo de origem.

DISPOSITIVO.

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao recurso, nos termos da fundamentação lançada que passa a integrar esse dispositivo como se estivesse totalmente transcrita.

É o voto.

Belém (PA), 08 de agosto de 2022.

Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN

Relatora



AÇÃO ORDINÁRIA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. PROCESSO SELETIVO. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. VAGAS PARA FUNÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE SERVIDORES PÚBLICOS, EMPREGADOS PÚBLICOS E CONTRATADOS. AUSÊNCIA DE PRETERIÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DE EXISTÊNCIA DE CARGOS VAGOS QUE TENHAM SIDO OCUPADOS PELO APROVADOS NO PROCESSO SELETIVO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. A parte autora não trouxe aos autos prova pré-constituída do direito alegado, ou seja, não comprovou a contratação de servidores temporários para o mesmo cargo em que foi aprovada, assim não conseguindo convolar a expectativa de direito em direito em si.

3. No caso em exame, foi aprovado em 25º lugar no concurso público C-173 que foi organizado conjuntamente pelas Secretarias de Estado de Administração (SEAD) e Educação (SEDUC).

4. Para que ficasse caracterizada a preterição alegada, teria que trazer como prova pré-constituída, documentos que demonstrasse a existência de cargo público vago, e que esse foi ocupado por candidato aprovado em PSS, em vez de candidato aprovado no concurso público em questão, ainda vigente, o que não se deu no caso concreto.

ACÓRDÃO

ACORDAM os Exmos. Desembargadores que integram a Egrégia 1ª Turma de Direito Público, à unanimidade de votos, conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Belém (PA), 08 de agosto de 2022.

Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN

Relatora

