



1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0013012-61.2016.8.14.0000
COMARCA DO ACARÁ/PA.
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DO ACARÁ
PROCURADOR: ABRÃO JORGE DAMOUS FILHO
AGRAVADO: VALDECI OLIVEIRA DA SILVA
ADVOGADO: MANOEL AMARAL DO NASCIMENTO (OAB 8.358)
RELATORA: DESEMBARGADORA EZILDA PASTANA MUTRAN

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. CONTRATAÇÃO ILEGAL DE TEMPORÁRIOS NÃO DEMONSTRADA. PRETERIÇÃO NÃO COMPROVADA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. INEXISTÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Informou o agravado, em petição inicial, que concorreu a 13 vagas para o cargo de MOTORISTA DE VEÍCULOS PESADOS, conforme previsão do Edital e foi aprovado na 52ª colocação, conforme resultado anexado.
2. De acordo com a tese fixada pelo STF em sede de repercussão geral, 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.
3. Analisando as alegações e os documentos juntados aos autos, constata-se que os fatos narrados pelo agravado em sua exordial não se enquadram em nenhuma das hipóteses previstas no entendimento do STF, proferido em sede de repercussão geral. Isso porque não vislumbro presente fundamento relevante nas alegações considerando que o requerente obteve a 52ª posição na classificação final do certame, portanto, fora do número de vagas, figurando apenas em cadastro de reserva, logo a hipótese presente configura apenas mera expectativa de direito que não se convola em direito subjetivo à nomeação.
4. Quanto à afirmação de contratação temporária de pessoal suscitada, verifico constituir-se em mera alegação do impetrante, uma vez que inexistente nos autos prova inequívoca acerca do ato tido como abusivo.
5. Ademais, importante consignar que mesmo verificada a contratação irregular, seria de rigor a convocação dos candidatos aprovados no concurso que obtiveram nota superior ao apelante, sendo obedecida a ordem de classificação.

ACÓRDÃO

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 do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto da relatora.

Belém (PA), 20 de novembro de 2017.



Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de AGRAVO DE INSTRUMENTO, com Pedido de Efeito Suspensivo, interposto pelo MUNICÍPIO DO ACARÁ – PREFEITURA MUNICIPAL, nos termos dos artigos 1.015 e seguintes do Código de Processo Civil Brasileiro, contra decisão (fls. 86/89) proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Acará, que, nos autos de Mandado de Segurança (proc. n° 0003289-81.2016.814.0076), impetrado por VALDECI OLIVEIRA DA SILVA, em face do recorrente, deferiu a liminar pleiteada, determinando a convocação imediata da impetrante/agravada para as demais etapas restantes do concurso público CPMA – 001/12, com observância da ordem de classificação dos candidatos aprovados no certame.

Em sua inicial, o agravado aduziu que foi aprovado na 52ª colocação do concurso público para o cargo de MOTORISTA DE VEÍCULOS PESADOS, de um total de 13 vagas disponibilizadas, segundo Edital n° 001/2013 e o Edital Complementar n° 001/2014 e lista de aprovados do certame, CPMA – 001/2012.

Alegou não ter sido nomeado, em que pese exista vagas ocupadas por funcionários contratados sem realização de concurso público, ou seja, de forma irregular, sendo, portanto, preterido em seu direito à nomeação, sofrendo lesão em seu direito líquido e certo.

Em suas razões recursais (fls. 02/29), o município agravante, após breve relato dos fatos, sustenta a reforma da decisão agravada, alegando, preliminarmente: [1] a impossibilidade de dilação probatória em sede de mandado de segurança, bem como a inexistência de comprovação de violação de direito líquido e certo da agravada a ser protegido ou de sua violação; [2] a impossibilidade de exame de mérito do ato administrativo



pelo Poder Judiciário.

No mérito, sustenta: [1] a legalidade do ato que eliminou a recorrida do certame, bem como a aplicação do princípio da vinculação ao edital, aduzindo que o agravado não obteve classificação dentro do número de vagas ofertadas no Edital; [2] a necessidade de revogação da astreintes fixada ou de redução do quantum arbitrado, com aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pontuando, ainda, o cumprimento da decisão liminar; [3] a impossibilidade de aplicação de multa na pessoa física do gestor público.

Cita jurisprudências que reputa favoráveis à sua tese. Sustenta a presença dos requisitos legais necessários para a concessão do efeito suspensivo.

Ao final, requer o conhecimento e o provimento do recurso para reformar integralmente a decisão.

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 97).

O Ministério Público de 2º Grau opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 99/103).

É o relatório.

VOTO.

Recebo o agravo na modalidade de instrumento, vez que preenchidos seus requisitos legais de admissibilidade.

O agravado aduziu que foi aprovado na 52ª colocação do concurso público para o cargo de MOTORISTA DE VEÍCULOS PESADOS, de um total de 13 vagas disponibilizadas, segundo Edital nº 001/2013 e o Edital Complementar nº 001/2014 e lista de aprovados do certame, CPMA – 001/2012.

Alegou não ter sido nomeado, em que pese exista vagas ocupadas por funcionários contratados sem realização de concurso público, ou seja, de forma irregular, sendo, portanto, preterido em seu direito à nomeação, sofrendo lesão em seu direito líquido e certo.

A respeito do tema em questão, 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:

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, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/12/2015 - repercussão geral)

Destarte, de acordo com a tese fixada pelo STF em sede de repercussão geral, 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.

Portanto, analisando as alegações e os documentos juntados aos autos, constata-se que os fatos narrados pelo apelante em sua exordial não se enquadram em nenhuma das hipóteses previstas no entendimento do STF, proferido em sede de repercussão geral.

Isso porque não vislumbro presente fundamento relevante nas alegações considerando que o requerente obteve a 52ª colocação na classificação final do certame, portanto, fora do número de vagas, figurando apenas em cadastro de reserva, logo a hipótese presente configura apenas mera expectativa de direito que não se convola em direito subjetivo à nomeação.

Quanto à afirmação de contratação temporária de pessoal suscitada pelo agravado, verifico constituir-se em mera alegação do impetrante, uma vez que inexistente nos autos prova inequívoca acerca do ato tido como abusivo. Aliás, o recorrido sequer se manifestou nos autos do presente agravo, com o escopo de convencer esta relatora acerca da veracidade de suas alegações.

Ademais, ressalto que a contratação precária da recorrida pela Administração municipal não ensejaria por si só o direito à nomeação do apelante ao cargo pretendido, à medida que inexistente nos autos a comprovação de contratação irregular pela Prefeitura em número suficiente que alcancem a posição obtida pelo recorrente no certame, logo não há falar em preterição, circunstância que inviabiliza o reconhecimento do



direito subjetivo à nomeação.

Sobre o tema, colaciono jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. CRIAÇÃO, POR LEI FEDERAL, DE NOVOS CARGOS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS DO EDITAL. PRETERIÇÃO NÃO CARACTERIZADA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. NECESSIDADE DO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A preterição do candidato em concurso público, quando aferida pelas instâncias ordinárias, não pode ser revista pela Suprema Corte, em face da incidência da Súmula nº 279/STF. 2. O recurso extraordinário não se presta para o exame de questões que demandem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 3. A jurisprudência do STF já firmou o entendimento de que tem direito subjetivo à nomeação o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do concurso público a que se submeteu. Nesses casos, a Administração tem um dever de nomeação, salvo situações excepcionalíssimas plenamente justificadas. Contudo, a criação de novas vagas durante o prazo de validade de concurso não gera, automaticamente, direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas do edital, salvo se comprovados arbítrios ou preterições. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido. (STF - AI: 804705 SP, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 23/09/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13-11-2014 PUBLIC 14-11-2014). (grifei)

No sentido do que restou explanado acima, colaciono jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que corrobora o meu entendimento, "in verbis":

"MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA FORA DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. NOMEAÇÃO. PRETERIÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. 1. Mandado de Segurança impetrado em face de ato omissivo do Ministro da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que não convocou a impetrante para nomeação e posse no cargo de Fiscal Federal Agropecuário, especialidade Farmacêutico, unidade de Belém/Pará, realizado pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. 2. Candidata classificada fora das vagas previstas no edital. 3. No caso, a impetrante não trouxe aos autos qualquer documento que comprovasse a preterição por parte da Administração Pública de nomeá-la ao cargo para o qual fora classificada, o que afasta seu direito líquido e certo. 4. Mandado de segurança denegado.v(STJ - MS: 13586 DF 2008/0111447-0, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 11/12/2013, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 17/12/2013)" (grifei)

Outrossim, importante consignar que mesmo verificada a contratação



irregular, seria de rigor a convocação dos candidatos aprovados no concurso que obtiveram nota superior ao apelante, sendo obedecida a ordem de classificação.

Nesse compasso, destaco o entendimento do Ministério Público de 2º Grau:

Imperioso destacar que a colocação do impetrante no concurso público em apreço ficou 39 posições além da última vaga disponibilizada no edital, ou seja, eram 13 vagas e o impetrante alcançou a classificação em 52º lugar (lista de aprovados – fl. 61).

No caso em tela não há como afirmar que a mera expectativa de direito se convolou em direito líquido e certo a partir da afirmação de que dentro do prazo de validade do concurso, houve contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas além das disponibilizadas no edital.

Não é ocioso lembrar que mesmo havendo o surgimento de novas vagas ou a criação 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.

Ante o exposto, conheço do recurso de agravo de instrumento e dou-lhe provimento, na linha do entendimento do Ministério Público de 2º Grau e nos termos da fundamentação lançada ao norte.

Belém (PA), 20 de novembro de 2017.

Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN
Relatora