



ACÓRDÃO Nº:
COMARCA DE ORIGEM: ITAITUBA
CLASSE: APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA
PROCESSO Nº. 0002708-28.2016.8.14.0024
APELANTE: MARCIA SOCORRO NASCIMENTO LIMA (Representada pelo Sindicato dos Enfermeiros do Estado do Pará - SENPA)
ADVOGADO(A): CYNTIA FERNANDA OLIVEIRA SOARES, OAB/PA 8.963 e LEILI OLIVEIRA LIMA, OAB/PA Nº 18.217
APELADO: MUNICÍPIO DE ITAITUBA/PA
ADVOGADO(A): ATEMISTOKHLES AGUIAR DE SOUZA, OAB/PA Nº 9.964
RELATORA: DES.^a ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. CANDIDATO CLASSIFICADO EM CADASTRO DE RESERVA. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. AUSÊNCIA DE SUPERVENIÊNCIA DE VAGAS DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS, POR SI SÓ, NÃO GERAM DIREITO A NOMEAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. É pacífico o entendimento na jurisprudência pátria de que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital tem direito subjetivo à nomeação.
2. A contrário sensu, portanto, os candidatos classificados em concurso público fora do número de vagas previstas no edital possuem mera expectativa de direito à nomeação, a qual somente se convola em direito subjetivo caso haja comprovação de preterição, seja pela inobservância da ordem de classificação ou por contratações temporárias irregulares
3. No caso em exame, a paralela contratação de servidores temporários realizada no prazo de vigência do concurso não implica necessariamente em preterição à ordem de classificação, pois, 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.
4. Recurso conhecido e desprovido

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL, tendo como apelante MARCIA SOCORRO NASCIMENTO LIMA e apelado MUNICÍPIO DE ITAITUBA/PA. Acordam os Excelentíssimos Desembargadores, Membros da 1ª Turma de Direito Público deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade, em CONHECER DO RECURSO e NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto da Excelentíssima Desembargadora-Relatora Rosileide Maria da Costa Cunha.

Belém (PA), 18 de junho de 2018.

ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA
Desembargadora – RelatoRA



ACÓRDÃO N°:
COMARCA DE ORIGEM: ITAITUBA
CLASSE: APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA
PROCESSO N°. 0002708-28.2016.8.14.0024
APELANTE: MARCIA SOCORRO NASCIMENTO LIMA (Representada pelo Sindicato dos Enfermeiros do Estado do Pará - SENPA)
ADVOGADO(A): CYNTIA FERNANDA OLIVEIRA SOARES, OAB/PA 8.963 e LEILI OLIVEIRA LIMA, OAB/PA N° 18.217
APELADO: MUNICÍPIO DE ITAITUBA/PA
ADVOGADO(A): ATEMISTOKHLES AGUIAR DE SOUZA, OAB/PA N° 9.964
RELATORA: DES.^a ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por MARCIA DO SOCORRO NASCIMENTO, em face da r. sentença proferida pelo M.M. Juízo da 1ª Vara Cível e Empresarial da Comarca de Itaituba que nos autos do Mandado de Segurança impetrado em face do MUNICÍPIO DE ITAITUBA, denegou a segurança pleiteada, que consistia na imediata nomeação da impetrante para o cargo de Enfermeira Geral, por ocasião do concurso n° 01/2013. Afirmou em sua inicial que teria se submetido ao certame n° 01/2013 para o cargo de Enfermeiro Geral, no qual teriam sido ofertadas 08 vagas mais



cadastro de reserva.

Ao final do concurso a apelante teria sido classificada na 17ª posição, ou seja, fora do número de vagas.

Apesar de reconhecer que foi classificada fora do número de vagas ofertadas, a impetrante alega que no caso concreto houveram contratações temporárias de pessoas para o mesmo cargo para o qual ela teria sido aprovada, fato este que prejudicaria o direito à nomeação da autora, pois, segundo ela, havendo a necessidade de contratação, seu direito deixa de ser mera expectativa e passa a ser exigível concretamente.

Apesar de ter pugnado pela concessão de liminar, esta não foi deferida pelo juízo de piso (fls. 118/119).

Instado a se manifestar o parquet de 1º grau requereu a intimação do município de Itaituba para informar se até o dia 08/05/2016, houve convocação e a nomeação da impetrante, haja vista que essa fora a data limite da validade do concurso nº 001/2013. Em caso negativo, opinou pela concessão da segurança, haja vista entender a existência de no mínimo 20 vagas e a impetrante encontrar-se na 17ª colocação.

Às fls 136/139, o juízo de piso prolatou sentença denegando a segurança pleiteada, sob o fundamento de que a impetrante, apesar de classificada, não foi aprovada dentro do número de vagas.

Inconformada a parte autora interpôs o presente recurso de apelação (fls. 141/148) reiterando os fundamentos da inicial, reafirmando que a simples existência de contratações temporárias confirmariam a existência de vagas, as quais poderiam muito bem serem ocupadas por aqueles candidatos classificados fora do número de vagas.

Em suas contrarrazões (fls. 151/155) o município de Itaituba pugna pela improcedência do presente recurso de apelação.

Por sua vez o Ministério Público de 2º grau manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o Relatório.

VOTO

Considerando que o recurso deve observar a legislação vigente na data em que proferida a decisão recorrida, passo a aplicar o CPC/15 ao exame da matéria, haja vista a prolação da sentença ter sido posterior à vigência da nova lei processual.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade recursal passo a análise do mérito.

MÉRITO

No caso em tela, a questão consiste em verificar se assiste direito a apelante em ser nomeada e tomar posse em concurso público, haja vista sua classificação no certame, mesmo estando ela fora do número de vagas.

Dito isso, verifico, pela leitura da inicial, que o apelante ajuizou mandado de segurança almejando sua nomeação para o cargo de Enfermeiro Geral, alegando ter sido classificada no certame nº 01/2013, no qual teriam sido ofertadas 08 vagas mais cadastro de reserva.

Admitiu a apelante que teria sido classificada na 17ª posição do concurso, isto é, fora do número de vagas, mas que, apesar disso, foram realizadas



contratações temporárias de pessoal para a mesma função a qual ela teria sido aprovada no certame em questão, o que, em tese, lhe daria direito à nomeação.

Entretanto, no presente caso concreto, entendo que o simples fato de terem ocorrido contratações temporárias de pessoal, para exercerem a mesma função daquela pleiteada pela impetrante quando da participação do concurso público 01/2013, não lhe confere direito subjetivo a nomeação, haja vista que a apelante não foi aprovada dentro do número de vagas, bem como, pelo fato de que não restou comprovado nos autos qualquer irregularidade quanto as contratações temporárias mencionadas.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgInt no RMS 49.377/BA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 06/03/2018, que fixou a tese de que ... candidatos classificados em concurso público fora do número de vagas previstas no edital possuem mera expectativa de direito à nomeação, a qual somente se convola em direito subjetivo caso haja comprovação de preterição, seja pela inobservância da ordem de classificação ou por contratações temporárias irregulares..., verbis:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE DE POLÍCIA. NOMEAÇÃO. CADASTRO DE RESERVA. CONTRATOS TEMPORÁRIOS. NÃO COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. CONSONÂNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

I - No que concerne à possibilidade de nomeação do recorrente, não restou demonstrada pelo impetrante a existência de direito líquido e certo a amparar a concessão da segurança para convocação para o cargo de agente de polícia. É que inexistente prova nos autos da alegada preterição. De acordo com o edital do concurso em apreço, assim como das portarias de nomeação, verifica-se a previsão de 189 vagas para referido cargo, sendo que não foram nomeados candidatos em posição inferior à do recorrente. Ademais, encontrando-se o candidato na 449ª colocação não há como considerá-lo aprovado dentro das vagas previstas no instrumento editalício.

II - A jurisprudência desta Corte e do STF consolidou-se 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, a qual somente se convola em direito subjetivo caso haja comprovação de preterição, seja pela inobservância da ordem de classificação ou por contratações temporárias irregulares.

III - No acórdão recorrido adotou-se o 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 que há cargo efetivo vago e que a quantidade de contratações precárias irregulares são suficientes para alcançar sua classificação, de modo a possibilitar a análise da alegada preterição, haja vista a vedação de dilação probatória na via mandamental. Nesse sentido: RMS 33.662/MA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/3/2015, DJe 15/5/2015; RMS 46.771/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 5/12/2014; AgRg no RMS 38.736/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 7/5/2013, DJe 16/5/2013.)

IV - No caso dos autos não há comprovação da existência de cargo efetivo vago suficiente para alcançar a classificação da impetrante, nem tampouco de que as contratações precárias sejam, de fato, irregulares.

V - A contratação temporária para atender a 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. Nesse regime especial de contratação, o agente exerce funções públicas como mero prestador de serviços, sem a ocupação de cargo ou emprego público na estrutura administrativa, constituindo vínculo precário, de prazo determinado, constitucionalmente estabelecido.



VI - Ademais, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao rito da repercussão geral (RE n. 837.311/PI), fixou orientação no sentido de que 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, caracterizadas 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. Precedente: RE 837.311, 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. Essa é a orientação adotada no STJ: AgRg no RMS 46.249/PA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 22/04/2016.

VII - No caso em exame, não existe prova pré-constituída a indicar preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração, razão pela qual ausente o direito líquido e certo à nomeação.

VIII - Agravo interno improvido.

(AgInt no RMS 49.377/BA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 06/03/2018)

O Supremo Tribunal Federal, no MS 33064 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 09-10-2017 PUBLIC 10-10-2017, afirmou que (...) 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, caracterizadas 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(...), verbis:

EMENTA: AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ATO DA PRESIDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DA REPERCUSÃO GERAL. RE 837.311/PI. TEMA 784. SUPOSTA CONVOLAÇÃO DE EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO DE CONCURSADOS. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. 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, caracterizadas 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. Precedente submetido à sistemática da Repercussão Geral: RE 837.311 RG, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, DJe 18.04.2016. 2. In casu, a agravante não logrou comprovar, por prova pré-constituída, que as funções licitadas por terceirização são as mesmas oferecidas em concurso público. A partir dos elementos trazidos aos autos, resta manifesta a distinção de atribuições entre o cargo para o qual a impetrante prestou concurso e as funções licitadas pelo Supremo Tribunal Federal, o que desconfigura hipótese de preterição arbitrária e imotivada. 3. Agravo interno a que se NEGA PROVIMENTO. (MS 33064 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 09-10-2017 PUBLIC 10-10-2017)

No caso, não há falar também em preterição do apelante, pois não houve



surgimento de vagas no período de vigência do concurso, sim apenas a realização de contratações temporárias, as quais são permitidas pelo ordenamento jurídico, importando, portanto, a situação do apelante em mera expectativa de direito.

Ressalto que, conforme Termo de Ajustamento de Conduta-TAC firmado entre o Ministério Público do Estado do Pará e o Município de Itaituba, constante as fls.83-86, a Municipalidade/apelada compromete-se a chamar os candidatos aprovados e classificados dentro do número de vagas, ficando estabelecida, na cláusula 2ª, parágrafo único do TAC, a possibilidade do compromissário convocar os candidatos aprovados, respeitando a ordem de classificação do resultado final do certame, o que não é o caso da ora apelante.

Nesse sentido, são os julgados:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATO APROVADO ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS - PRETERIÇÃO - COMPROVAÇÃO INEXISTENTE - LIMINAR REQUISITOS DO ART. 7º, III, DA LE 12.016/09 - AUSÊNCIA - DECISÃO MANTIDA.

1. Para concessão de liminar em mandado de segurança, determina o art. 7º, III, da Lei n.º 12.016/09, que seja relevante a fundamentação do mandamus e, ainda, que haja risco de ineficácia da Segurança por ventura concedida na sentença.

2. O direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas ofertadas surge apenas nas hipóteses de preterição arbitrária e imotivada da Administração Pública, consoante tese firmada pelo STF no julgamento de mérito do RE 837.311/PI, após ser reconhecida a repercussão geral da matéria.

3. Ausente comprovação de que as contratações temporárias de prestadores de serviços médicos tem a finalidade de preencher cargos efetivos, deve ser indeferida a liminar que visa a nomeação de candidato aprovado fora do número de vagas ofertadas no certame. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.17.018445-1/001, Relator(a): Des.(a) Afrânio Vilela , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/12/0017, publicação da súmula em 06/12/2017)

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO EM MANDADO DE DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO DE SANTARÉM. REJEITADA. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO. NÃO ACOLHIDO. MÉRITO. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE CARGOS VAGOS PARA A FUNÇÃO E LOTAÇÃO ALMEJADA. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL RE 837.311 (TEMA 784). PRECEDENTES STJ E DESTA EGRÉGIO TRIBUNAL. JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. PRETERIÇÃO NÃO COMPROVADA. TESE DE ERRO MATERIAL NA SENTENÇA. NÃO ACOLHIDA. SEGURANÇA DENEGADA. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA. 1. Preliminar de ilegitimidade do Município de Santarém arguida em contrarrazões. A mudança do gestor público não afasta a legitimidade passiva do Município de Santarém, pois em decorrência do princípio da impessoalidade, o Ente Municipal, através do atual Prefeito, responde pelos atos praticados pela Administração



anterior. Precedente desta 1ª Turma de Direito Público. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. 2. Pedido de suspensão do processo pleiteado em sede de contrarrazões. A 1ª Turma de Direito Público em casos análogo, decidiu que a existência da Ação Civil Pública 0000126-76.2013.814.0051 não impõe a suspensão de processos, uma vez que o trâmite regular e a eventual procedência da ACP não são incompatível com o objeto desta lide, por tratar-se de demanda individual. Pedido de suspensão indeferido. 3. Mérito. Os candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital ou em concurso para cadastro de reserva não possuem direito líquido e certo à nomeação, mesmo que novas vagas surjam no período de validade do certame - por criação de lei ou por força de vacância -, cujo preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da Administração. 4. A paralela contratação de servidores temporários realizada no prazo de vigência do concurso não implica necessariamente em preterição à ordem de classificação, pois, 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. 6. A mera expectativa de direito somente se convolaria em direito líquido e certo à medida que dentro do prazo de validade do concurso se verificasse a contratação de pessoal, seja pela inobservância da ordem de classificação ou, pela admissão de forma precária, para o preenchimento de vagas de provimento efetivo existentes, em flagrante preterição àqueles que, aprovados em concurso ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. RE 837.311 (Tema 784) e Precedentes STJ. 7. Na situação em análise, não restou comprovado a existência de cargos vagos a alcançar as Apelantes, bem como, não há demonstração inequívoca de que os servidores temporários estão ocupando vagas de provimento efetivo para o mesmo cargo e lotação almejados, de forma que a pretensão das apelantes se caracteriza como mera expectativa de direito, não havendo que se falar em preterição arbitrária e imotivada, das candidatas aprovadas em cadastro de reserva. 8. Tese de erro material na sentença, ante a extinção do processo com resolução do mérito, sem haver a apreciação do pedido real da Ação Mandamental. O Magistrado a quo apreciou o mérito da demanda e, após análise dos fatos e documentos carreados aos autos concluiu pela ausência de direito líquido e certo em favor das impetrantes, pelo que denegou a segurança, extinguindo o processo com resolução do mérito, não havendo que se falar, no presente caso, em aplicação do art. 10 da Lei 12.016/2009. 9. Apelação conhecida e não provida. (2017.04050181-76, 180.840, Rel. MARIA ELVINA GEMAQUE TAVEIRA, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO, Julgado em 2017-09-18, Publicado em 2017-09-22)

Portanto, levando-se em conta que a apelante não foi aprovada dentro do número de vagas, bem como, o fato de que não se evidenciou nos autos qualquer indício de ilegalidade nas contratações temporárias de pessoal, conforme noticiado, resta evidente que não assiste direito a apelante.

Ante o exposto, CONHEÇO DO RECURSO, porém NEGO-LHE PROVIMENTO, a fim de manter a sentença de 1º grau em todos os seus



termos.

É COMO VOTO.

Belém/PA, 18 de junho de 2018.

ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA
Desembargadora-Relatora