



ACÓRDÃO N°

PROCESSO N° 0046250-33.2015.8.14.0024

1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL

COMARCA DE ITAITUBA

APELANTE: ALINE COSTA GUIMARÃES

Advogado (a): Dr. José Carlos de Souza Nascimento - OAB/PA n° 15.565

APELADO: PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAITUBA

Advogado (a): Dra. Paula Fernanda Antunes – OAB/PA n° 7.507; Dr. Mário Cesar L. Aguiar, OAB/PA n° 6.639, Dr. Mailton Marcelo Silva Ferreira – OAB/PA n° 9.206 e outros  
Procuradora de Justiça: Dra. Tereza Cristina de Lima

RELATORA: DESA. CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MUNICÍPIO DE ITAITUBA. CARGO DE TÉCNICO EM RADIOLOGIA-ZONA URBANA-SAÚDE. CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. NÃO CABIMENTO.

- 1- Ajuizada a ação mandamental visando à nomeação da impetrante para o cargo de Técnico em Radiologia-zona urbana-saúde, no qual foi aprovada fora do número de vagas;
- 2- A sentença denegou a ordem, por não restar demonstrada a liquidez e certeza do direito pleiteado;
- 3- Optando, a impetrante, pela estreita via do mandado de segurança, deverá demonstrar, de plano, a existência de direito líquido e certo e a sua ameaça, a teor do art. 1º da Lei n° 12.016/09;
- 4- Para que o candidato aprovado fora do número de vagas previsto no Edital passe a ter direito subjetivo à nomeação, é necessário que demonstre que, de forma arbitrária e imotivada, tenha sido preterido por parte da Administração, o que não ocorreu no caso dos autos;
- 5- Nos termos do art. 25 da Lei 12016/2009 não cabe a condenação em honorários advocatícios;
- 6- Recurso de apelação conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, os Excelentíssimos Desembargadores, integrantes da 1ª Turma de Direito Público, à unanimidade, em conhecer do recurso de apelação, porém negar provimento, nos termos da fundamentação

1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, 17 de setembro de 2018. Relatora Exma. Sra. Desa. Célia Regina de Lima Pinheiro. Julgamento presidido pelo Exmo. Des. Roberto Gonçalves de Moura, tendo como segundo julgador o Exmo. Des. Roberto Gonçalves de Moura e como terceira julgadora, a Exma. Desa. Maria Elvina Gemaque Taveira.

Desembargadora CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO

Relatora

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO (RELATORA)



Trata-se de recurso de Apelação (fls. 63/67), interposto por ALINE COSTA GUIMARÃES contra a sentença (fls. 54/56 e verso) proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível e Empresarial na Comarca de Itaituba, que, nos autos do Mandado de Segurança impetrado pelo ora recorrente, denegou a segurança.

Narram as razões, que a apelante foi aprovada na 5ª colocação no Concurso Público para o cargo de Técnico em Radiologia, para o qual foram ofertadas 3 (três) vagas; havendo servidores contratados exercendo o cargo no lugar dos concursados.

Assevera que possui direito à nomeação, pois a contratação precária torna a mera expectativa em direito subjetivo à nomeação e posse, conforme jurisprudência do STJ. Requer o conhecimento e provimento do recurso de apelação para reformar a sentença e conceder a segurança.

Tempestividade da apelação certificada à fl.67 v.

Apresentadas contrarrazões à Apelação (fls. 69/74), em que o apelado sustenta que a apelante não foi aprovada dentro do número de vagas ofertadas no Edital, bem como não demonstrou direito líquido e certo para ser nomeada ao cargo que concorreu. Requer a manutenção da sentença e a condenação em honorários advocatícios no importe de 20% sobre o valor da causa.

Coube-me a relatoria do feito (fl. 76).

O Ministério Público, nesta instância (fls.80/83), manifesta-se pelo conhecimento e desprovimento da Apelação.

Petição do Município, com juntada de procuração e documentos referentes à diplomação do novo prefeito (fls. 87/100)

É o relatório.

## VOTO

**A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO (RELATORA)**

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso de Apelação e passo à análise da matéria devolvida.

Cuida-se de Apelação interposta contra a sentença prolatada pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Itaituba, que denegou a segurança pleiteada.

A sentença recorrida é pelo entendimento de que a apelante foi aprovada fora do número de vagas ofertadas no concurso, o que não lhe confere direito subjetivo à convocação, bem ainda, que a contratação temporária calcada na legalidade goza de legitimidade, o que não lhe confere o direito líquido e certo pleiteado.

A apelante, para infirmar a conclusão do julgado combatido, alega que manter pessoas precariamente contratadas para prestação de serviço público reforça a necessidade de preenchimento das vagas por aqueles que foram legalmente submetidos e aprovados no certame.

O inconformismo da apelante não merece prosperar. Explico.

Depreende-se, do processado, que a impetrante/apelante prestou concurso público, de acordo com o Edital nº 001/2013 (fls. 15/25), para o cargo de



Técnico em Radiologia – Zona Urbana - Saúde, para o qual foram ofertadas 3 (três) vagas (fl. 25), tendo sido aprovada e classificada em 5ª colocação (fl. 27), fora, portanto, do número de vagas previstas no Edital.

Para demonstrar o seu direito líquido e certo de ser nomeada para o referido cargo, a impetrante/apelante acosta, nos autos, os seguintes documentos: cópia de documentos pessoais e comprovante de residência (fls. 11/13); edital nº 001/2013 (fls.15/25); edital nº 05/2013/PMI de resultado final e homologação do concurso em 08/05/2014 (fls. 26/28); edital nº 002/2015 de convocação dos aprovados e classificados no concurso (fls. 29/33); escalas de trabalho dos Técnicos em Radiologia do Hospital Municipal de Itaituba – Setor de Radiologia Médica, referentes aos meses de abril a junho/2015 (fls. 34/36).

Da referida documentação, demonstra que: a) a apelante foi aprovada para o cargo de Técnico em Radiologia, no Concurso 001/2013 do Município de Itaituba, ficando e classificada em 5ª colocação (fl. 27), fora, portanto, das 3 (três) vagas ofertadas para o referido cargo (fl. 25); b) as vagas ofertadas foram preenchidas, com a convocação das três candidatas classificadas, Juliana da Silva Xavier, Tania Maria Lima da Silva e Lideia da Rocha Machado (fl. 31); c) o Hospital Municipal possui, além dessas três técnicas aprovadas no concurso em comento citadas, mais 4 (quatro) servidores na mesma função, Alan, Leandro, Silvia e Fábio, de acordo com escalas de trabalho (fls. 34/36).

Da descrição acima, tenho que não é possível aferir se os servidores que atuam no Hospital Municipal de Itaituba como Técnicos em Radiologia são temporários, contratados no período da vigência do concurso, ou se são servidores antigos do hospital. As simples escalas de trabalho dos Técnicos em Radiologia do Hospital Municipal de Itaituba não se prestam para comprovar o vínculo desses servidores com a Administração.

É certo que a Administração Pública, salvo hipóteses excepcionais, não pode optar pela contratação de pessoal terceirizado, durante o prazo de validade do certame, quando existem candidatos concursados aprovados para o mesmo cargo ou função. Ocorre que os documentos juntados nos autos não evidenciam o direito líquido e certo alegado pela impetrante, aprovada fora do número de vagas, de ser nomeada por conta de preterição. Sabe-se que o mandamus obedece ao rito sumaríssimo, a exigir prova documental e pré-constituída tendente a demonstrar a liquidez e certeza do direito do impetrante, não admitindo a dilação probatória. Assim, só se reconhece como líquido e certo o direito emanado de fato estreme de dúvida e posto à mostra desde logo, mediante documentos juntados à inicial.

Em outras palavras, em se tratando de mandado de segurança, a prova pré-constituída do ato coator ilegal ou abusivo é requisito indispensável da inicial para se verificar a ocorrência de afronta a direito, nos termos do art. 1º da Lei 12.016/2009, in verbis:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.



Note-se, na lição do Ministro Adhemar Ferreira Maciel, citado por Sérgio Ferraz (in Mandado de Segurança: 2006. p. 46): A essência do processo do mandado de segurança está em ser ele um 'processo de documentos', exigindo prova pré-constituída. Quem não prova de modo insofismável com documentos o que deduz na inicial não tem a condição especial da ação de mandado de segurança. Logo, o julgador não tem como chegar ao mérito do pedido e deve extinguir o processo por carência de ação. Em suma: prova não se presume, aqui, deve vir com a inicial.

Neste sentido, é o entendimento jurisprudencial.

**APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.** Tratando-se de mandado de segurança, a prova há de vir pré-constituída, bastando-se, por si só, para a concessão da ordem, ou não. Se houver necessidade de instrução, de produção de provas, não se está diante de matéria a ser enfrentada por meio de writ. Caso concreto em que a prova a amparar o direito líquido e certo alegado pelo impetrante não se evidencia nos autos. **RECURSO DESPROVIDO.** (Apelação Cível N° 70075786707, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 13/07/2018)

Pela fundamentação expendida, entendo que a apelante não comprovou o seu direito líquido e certo de ser nomeada no cargo de Técnico em Radiologia - Zona Urbana - Saúde, pois, não se classificou dentro do número de vagas previsto no edital e não comprovou que houve preterição, ou que foram abertas vagas novas no prazo de validade do certame.

Nesse sentido é a orientação jurisprudencial:

**APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - CONCURSO PÚBLICO - PROFESSOR DE EDUCAÇÃO BÁSICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - EDITAL SEPLAG/SEE n° 01/2011 - CLASSIFICAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS - CONTRATAÇÃO PRECÁRIA - ÔNUS DA PROVA - INDENIZAÇÃO INDEVIDA - SENTENÇA REFORMADA.**

1. A jurisprudência é firme no sentido de que a mera expectativa de direito à nomeação do candidato classificado fora do número de vagas se transforma em direito subjetivo, quando há a contratação precária de terceiros para o exercício das funções inerentes ao cargo efetivo em vacância, demonstrando a necessidade do serviço, preterindo-se os aprovados.

2. Todavia, no presente caso, para se reconhecer a preterição e o consequente direito à nomeação, seria necessário que a autora juntasse aos autos prova capaz de demonstrar a contratação precária de servidores durante o prazo de validade do concurso para o desempenho das mesmas atividades inerentes ao cargo que prestou concurso, e, ainda, que o número de contratações alcançaria a sua respectiva colação no certame, o que, repita-se, não consta dos autos.

3. A nomeação dos candidatos classificados fora do número de vagas disponibilizadas em edital se insere no juízo de conveniência e oportunidade da Administração, razão pela qual, não há que se falar em indenização por alegada demora na nomeação. 4. Sentença reformada. (TJMG - Ap Cível/Rem Necessária 1.0518.14.016649-8/001, Relator(a): Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/06/2018, publicação da súmula em 10/07/2018) grifei

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NUMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. CANDIDATO CLASSIFICADO DENTRO DO CADASTRO DE RESERVA POSSUI MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. ALEGAÇÃO DE CONTRATAÇÃO IRREGULAR PELA ADMINISTRAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS. AUSÊNCIA DE PROVA INEQUIVOCA DE CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES A TÍTULO PRECÁRIO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE PRETERIÇÃO DO CANDIDATO. CONTRATAÇÃO ILEGAL DE TEMPORÁRIO NÃO COMPROVADA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBETIVO À NOMEAÇÃO NO CARGO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1 - Consoante orientação jurisprudencial a classificação de candidato fora do número de vagas**



previsto no edital gera apenas expectativa de direito quanto a sua convocação. 2. No caso dos autos, no certame realizado pelo Município de Cametá foram ofertadas no edital 43 (quarenta e três) vagas para o cargo pretendido pela autora/apelante, tendo a Administração realizado a convocação de candidatos aprovados até a posição 74 (septuagésima quarta), observando a ordem de classificação do certame, não havendo, assim, preterição de candidatos. 3. Tendo a autora/apelante obtido classificação somente na 92ª (nonagésima segunda) colocação, ou seja, fora do número de vagas disponíveis para a sua sede, não possui a requerente direito à nomeação, mas apenas expectativa de direito. 4. Inexiste nos autos qualquer comprovação acerca das contratações temporárias para o mesmo cargo em que foi aprovada a autora. 5. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO, PORÉM IMPROVIDO, à unanimidade. (2018.02980021-98, 193.755, Rel. EZILDA PASTANA MUTRAN, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO, Julgado em 2018-07-23, Publicado em 2018-07-26)

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CADASTRO RESERVA. DESIGNAÇÃO DE GUARDAS MUNICIPAIS PARA O EXERCÍCIO DE AGENTES DE TRÂNSITO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DE PRETERIÇÃO A ENSEJAR O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. 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). PRECEDENTE DESTA EGRÉGIO TRIBUNAL. PRETERIÇÃO NÃO COMPROVADA NOS AUTOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE DENEGOU O PRESENTE MANDAMUS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. De acordo com o Edital nº 002/2011/CTBEL, somente foram ofertadas 95 (noventa e cinco) vagas para o cargo de Agente de Trânsito, sendo 05 (cinco) vagas destinadas a pessoas com deficiência. Assim, na verdade, constata-se que o recorrente concorreu de fato a 90 (noventa) vagas ofertadas, já que não é portador de deficiência. 2. Analisando os fatos narrados pelo Apelante, na inicial, e observando os documentos constantes nos autos, observa-se que o mesmo, embora tenha alcançado a 150ª (centésima quinquagésima) colocação, não conseguiu ocupar a colocação almejada para classificar-se dentro do número de vagas ofertadas, ficando classificado no cadastro de reserva. 3. A designação de Guardas Municipais para o exercício de Agentes de Trânsito, mediante Portaria nº 0520/2012, não constitui preterição, uma vez que o Código de Trânsito Brasileiro preleciona que o Agente de Trânsito pode ser servidor civil ou militar designado pela autoridade de trânsito com jurisdição sobre a via no âmbito de sua competência. 4. Depreende-se que os candidatos aprovados fora do número de vagas possuem mera expectativa de direito à nomeação durante o prazo de validade do certame. Tal expectativa 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 contratação de pessoal de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição àqueles que, aprovados em concurso ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. 5. Na situação em análise, não restou comprovado a existência de cargos vagos a alcançar o Apelante, bem como, não há demonstração inequívoca de que os servidores temporários estão ocupando vagas de provimento efetivo para o mesmo cargo e lotação do Apelada, de forma que a pretensão do mesmo se caracteriza como mera expectativa de direito, não havendo que se falar em preterição, de forma arbitrária e imotivada, do candidato aprovado fora do número de vagas. 6. Recurso de Apelação conhecido e improvido. (2018.02571275-62, 192.925, Rel. ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO, Julgado em 2018-06-25, Publicado em 2018-06-27)

APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DA VAGAS. NOMEAÇÃO E POSSE MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO POR CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS EFETUADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NÃO COMPROVADAS. APELAÇÃO CONHECIDA, PORÉM, IMPROVIDA. 1. Em conformidade com os precedentes do STF, em sede de Repercussão Geral, a expectativa de direito só pode ser convertida em direito subjetivo à posse se os candidatos são classificados dentro do número de vagas previstas em edital, quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação e 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, o que não é o



caso dos autos. 2. In casu, foram ofertadas no Edital do Concurso Público n. 001/2013 do Município de Cametá, 04 (quatro) vagas para o cargo pretendido pela autora, tendo o Município de Cametá realizado a convocação de 09 (nove) candidatos aprovados, obedecida a ordem de classificação do certame, não havendo, assim, preterição de candidatos. 3. Tendo a mesma sido aprovada somente na 11ª colocação, ou seja, fora do número de vagas disponíveis para a sua sede, não possuindo a requerente direito à nomeação, mas apenas expectativa de direito. 4. Inexiste nos autos qualquer comprovação acerca das contratações temporárias para o mesmo cargo em que foi aprovada a autora. Portanto, como a apelante não se classificou dentro do número de vagas ofertadas, não logrou êxito em demonstrar a existência de cargos vagos durante o prazo de validade do concurso e também a contratação precária de terceiros. 5. Apelação Cível conhecida, porém, improvida, à unanimidade.  
(2018.02408867-55, 192.422, Rel. NADJA NARA COBRA MEDA, Órgão Julgador 2ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO, Julgado em 2018-06-14, Publicado em 2018-06-15)

Destarte, pela fundamentação acima, tenho que a apelante não comprovou o seu direito líquido e certo de ser nomeada para o cargo de Técnico em Radiologia, razão pela qual, impõe-se o desprovimento do recurso de apelação.

Por derradeiro, quanto ao pedido do impetrado de condenação em honorários advocatícios em 20% do valor da causa (fl. 74), não deve ser acolhido, pois, em sede de mandado de segurança não cabe condenação na verba honorária, consoante termos do art.25 da lei 12.016/2009.

Vejamos o dispositivo citado:

Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação, porém nego provimento, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Belém-PA, 17 de setembro de 2018.

Desembargadora CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO  
Relatora