

ACÓRDÃO Nº 193755

Processo nº **0004585-39.2016.814.0012**

Órgão Julgador: 1ª Turma de Direito Público

Recurso: **APELAÇÃO**

Comarca: Cametá

Apelante: **AUREA DO CARMO RODRIGUES MORAES**

Advogada: Priscilla Karla Afonso Carvalho

Apelado: **MUNICÍPIO DE CAMETÁ**

Advogados/Procuradores: Newton Carlos Freire Pereira e Giselle Medeiros de Parijos

Procurador de Justiça: Mariza Machado da Silva Lima

Relatora: Desembargadora **EZILDA PASTANA MUTRAN**

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO 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.

ACÓRDÃO

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Público, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO RECURSO, PORÉM NEGAR-LHE PROVIMENTO**, tudo nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Plenário da 1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 23 (vinte e três) dias do mês de julho do ano de dois mil e dezoito.

Belém/PA, 23 de julho de 2018.

Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de **APELAÇÃO CÍVEL** interposta por **AUREA DO CARMO RODRIGUES MORAES**, em face da Sentença proferida pelo MM. Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Cametá/Pa, que, nos autos da **AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA** (proc. nº 0004585-39.2016.814.0012) proposta pela recorrente em desfavor do **MUNICÍPIO DE CAMETÁ**, julgou improcedente o pedido de nomeação e posse da ora apelante para o cargo de Professor de Educação Infantil e Séries/Anos Iniciais do Ensino Fundamental Zona Rural – Distrito Sede da Municipalidade.

Em suas **razões recursais** (fls. 30/44), a apelante, em suma, argumenta a reforma da sentença, relatando que a Municipalidade, em 06 de dezembro de 2013, lançou o Edital de Concurso Público nº 001/2013 para o provimento de vagas em diversos cargos do quadro de pessoal efetivo, afirmando que concorreu ao cargo de Professor de Educação Infantil e Séries/Anos Iniciais do Ensino Fundamental, Zona Rural – Distrito Sede, para o qual o certame ofertou 43 (quarenta e três) vagas para o cargo, sendo aprovada na 92ª (nonagésima segunda) classificação, tendo a Prefeitura Municipal de Cametá convocado os candidatos classificados até a 74ª (septuagésima quarta) posição.

Sustenta que a Municipalidade efetuou a contratação de servidores temporários de forma irregular durante a vigência do concurso, preterindo a sua vaga, diante da sua aprovação no citado certame público, ainda que fora da classificação das vagas ofertadas.

Aduz a existência da demonstração da necessidade de pessoal e da disponibilidade orçamentária por parte da Administração Pública, reiterando a alegação de contratação irregular de temporários de forma precária.

Defende a presença do seu interesse processual, objetivando a nomeação para o cargo pleiteado, diante de sua aprovação no certame.

Assevera que apesar da convocação de candidatos aprovados no certame ser ato discricionário da Administração, defende que tal juízo de conveniência e oportunidade não é absoluto.

Argumenta a reforma da sentença, aduzindo “*error in iudicando*”, alegando a inadequação dos fatos ao plano abstrato da norma na decisão.

Alega como meio de prova de suas alegações uma relação, anexa ao recurso, com os nomes dos servidores contratados temporariamente pela Administração durante a validade do concurso.

Cita jurisprudências que reputa favoráveis à sua tese.

Ao final, requer o provimento do recurso, a fim de que seja assegurado o seu direito consistente na sua imediata nomeação e posse no cargo almejado de Professor/Séries Iniciais. Anexou documento (fls. 45/53).

Foram oferecidas contrarrazões pela Municipalidade (fls. 60/72), pugnando pela improcedência do recurso.

Os autos foram encaminhados a esta Egrégia Corte de Justiça, onde, regularmente distribuídos, coube-me a relatoria (fl. 83).

A apelação foi recebida no duplo efeito (fl. 85).

O Ministério Público de 2º grau apresentou **parecer** (fls. 87/89), opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso de apelação, devendo manter, *in totum*, a sentença recorrida.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço do recurso e passo a apreciar suas razões.

No caso vertente, extrai-se dos autos que a Municipalidade apelada publicou o **Edital nº 01/2013**, para realização de concurso público em diversas áreas, dentre eles para o provimento de **43 (quarenta e três) vagas** para o cargo de **Professor de Educação Infantil e Séries/Anos Iniciais do Ensino Fundamental**, com opção para a **“Zona Rural – Distrito Sede”** (vide fl. 19).

Ademais, são fatos incontroversos que a apelante foi aprovada no certame público municipal, **obtendo classificação na 92ª (nonagésima segunda) posição** (vide fls. 20/24), portanto, **fora do número de vagas ofertadas no Edital nº 001/2013, figurando no cadastro de reserva**, assim como, restou comprovado que a Administração Municipal de Cameté efetuou a convocação de candidatos além das **43 (quarenta e três) vagas ofertadas, alcançando até a 74ª (septuagésima quarta) colocação**, circunstância que enseja à recorrente mera expectativa de direito à nomeação e posse no cargo.

Acerca da **existência de direito subjetivo à nomeação em cargo público por candidato aprovado fora das vagas previstas no edital**, confira-se a 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 que versam 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”.**

Também é assente na jurisprudência pátria que o candidato aprovado para formação de cadastro de reserva ou além do número de vagas ofertadas no certame é detentor de mera expectativa de direito à nomeação, estando, então, a sua nomeação submetida à discricionariedade da Administração Pública.

Entretanto, **a mera expectativa se convalida em direito subjetivo caso seja demonstrada, de forma segura e objetiva, a preterição da ordem classificatória na convocação ou caso haja contratação irregular de servidor para o exercício da mesma função pela Administração Pública.**

Compulsando os documentos juntados aos autos, anexos a inicial (vide fls. 16/25), **constata-se que a autora/apelante não apresentou nenhuma prova cabal apta a comprovar sua arguição de preterição no referido certame**, configurando apenas meras alegações de contratação irregular, de forma precária, pela Prefeitura Municipal, desta

forma, os fatos alegados pela apelante no presente apelo não se enquadram em nenhuma das hipóteses previstas no entendimento do STF, proferido em sede de repercussão geral.

Verifica-se que a apelante por ocasião da interposição do presente recurso de apelação, anexou **uma tabela** (fls. 45/53), apresentando uma relação de funcionários supostamente contratados pelo Município de Cametá, relacionado os nomes, os cargos, as escolas de lotação e as sedes, todavia, mesmo analisando o referido documento, consigno que a recorrente não obteve êxito em demonstrar hipótese de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração.

Neste ponto, destaco que para que reste caracterizada a preterição e, conseqüentemente, seja reconhecido o direito subjetivo à nomeação, 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.

Dito isso, pela documentação acostada aos autos, observo que não restou demonstrada que as supostas contratações temporárias realizadas pela Prefeitura de Cametá foram ilegais e arbitrárias.

Ademais, em que pese a autora tenha trazido uma suposta relação de funcionários contratados, que ressalta-se não se trata de documento público, **logo não comprova que as vagas destinadas ao cargo almejado de “Professor de Séries Iniciais, com opção para a Zona Rural – Distrito Sede**, ofertadas no concurso público regido pelo Edital n° 001/2013, **foram de fato ocupadas por servidores contratados temporariamente pela Administração, para o qual a recorrente foi aprovada dentro do cadastro de reserva.**

No mais, ressalto que eventuais contratações de servidor temporário pela Administração Pública, desde que calcada na legalidade e necessidade, bem como observadas as disposições da Constituição Federal (art. 37, IX), gozam 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, cito a jurisprudência:

“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) (grifei)

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) (grifei)

Portanto, considerando que a apelante foi aprovada fora do número de vagas ofertadas (cadastro de reserva), assim como por inexistir nos autos a comprovação de

contratação irregular pela Prefeitura Municipal em número suficiente que alcancem a posição 92ª (nonagésima segunda) obtida pela recorrente no certame para o cargo e a lotação escolhida, **logo não há falar em preterição, circunstância que inviabiliza o reconhecimento do direito subjetivo à nomeação ao cargo.**

Sobre o tema, destaco a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"EMENTA AGRADO REGIMENTAL EM AGRADO 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. AGRADO 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 excepcionálíssimas 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 precedentes do Colendo STJ e deste E. TJ/PA, "*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)

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 dos Tribunais Superiores, 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, o que não é o caso dos autos, já que foram ofertadas inicialmente 24 (vinte e quatro) vagas para o cargo pretendido pelo autor, tendo o Município de Cametá realizado a convocação de 57 (cinquenta e sete) candidatos aprovados, obedecida a ordem de classificação do certame, não havendo, assim, preterição de candidatos.

2. Tendo sido o autor classificado somente na 69ª colocação, ou seja, fora do número de vagas disponíveis para a sua sede, não possui o requerente direito à nomeação, mas apenas expectativa de direito.

3. Inexiste nos autos qualquer comprovação acerca das contratações temporárias para o mesmo cargo em que foi aprovado o autor. Portanto, como o 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.

4. Apelação Cível conhecida, porém, improvida, à unanimidade. (2017.05408988-80, 184.756, Rel. NADJA NARA COBRA MEDA, Órgão Julgador 2ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO, Julgado em 2017-12-18, Publicado em 2017-12-19) (grifei)

Ante o exposto, **na esteira do parecer ministerial, CONHEÇO DO RECURSO E NEGÓ-LHE PROVIMENTO**, para manter na íntegra os termos da sentença guerreada, tudo nos termos da fundamentação.

É como voto.

Publique-se, registre-se. Intimem-se.

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

Belém/PA, 23 de julho de 2018.

Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN,
Relatora