



TRIBUNAL PLENO - MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0014955-16.2016.8.14.0000  
RELATORA: DESEMBARGADORA LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO  
IMPETRANTE: CESAR GOMES PORTELA  
ADVOGADA: MIRIAM DOLORES OLIVEIRA BRITO (OAB/PA 9059)  
IMPETRADO: GOVERNADOR DO ESTADO DO PARÁ  
LITISCONSORTE PASSIVO: ESTADO DO PARÁ  
PROCURADOR DO ESTADO: ANTÔNIO CARLOS BERNARDES FILHO  
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA: GILBERTO VALENTE

**EMENTA**

DIREITO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO C-167, SEAD/SEDUC. CANDIDATO APROVADO ALÉM DAS VAGAS OFERECIDAS PELO EDITAL. CADASTRO DE RESERVA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE CARGO EFETIVO VAGO. PRETERIÇÃO NÃO COMPROVADA. DECISÃO UNÂNIME.

1. O impetrante logrou aprovação na 20ª colocação, ou seja, além das vagas oferecidas concurso em questão (13 vagas totais), portanto inserido no cadastro de reserva.
2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 837.311/PI, Relator Min. Luiz Fux, submetido à sistemática da Repercussão Geral (Tema 784), decidiu que o candidato aprovado além das vagas previstas em edital não ostenta direito subjetivo de ser nomeado, possuindo, ao revés, uma expectativa de direito, que se convolará em direito subjetivo à nomeação na excepcional hipótese de restar demonstrado, de forma inequívoca, que a Administração age de modo compatível com a necessidade de prover cargos vagos.
3. Na presente hipótese o impetrante tentou comprovar a alegada preterição, motivada pela contratação de servidores temporários em detrimento dos candidatos aprovados no concurso público, mediante uma relação nominal – cuja fonte não ficou esclarecida – indicando um suposto de 54 casos supostamente configuradores de desvio de função.
4. Esse documento nada elucida sobre existência de cargos efetivos vagos, posto que indica apenas o nome do servidor contratado, a função desempenhada, ano que entrou em exercício, lotação e carga horária, sendo certo que nesse regime precário de recrutamento o agente exerce função pública como mero prestador de serviços, sem ocupar cargo ou emprego público na estrutura administrativa.
5. A simples indicação de contratação temporária, consoante o art. 37, IX, da Constituição da República, à míngua de provas concretas, não tem o condão, por si só, de comprovar a preterição dos candidatos aprovados ou a existência de cargos efetivos vagos. Precedentes.
6. Segurança denegada.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e aprovados, em sessão do Plenário Virtual os autos acima identificados, acordam os Desembargadores do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Desembargador Leonardo Tavares, a unanimidade, denegar a segurança nos termos do voto da eminente relatora.



Belém (PA), 20 de março de 2019 (data do julgamento).

Desa. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO  
Relatora

## RELATÓRIO

Cesar Gomes Portela impetrou Mandado de Segurança contra ato omissivo atribuído ao Exmo. Governador do Estado do Pará, consubstanciado na negativa de nomeação de candidato em Concurso Público C-167 da Secretaria de Estado de Educação – SEDUC. O impetrante aduziu que no referido certame logrou aprovação e classificação na 20ª colocação, cargo de Professor, Classe I, Nível A – Modalidade Educação Especial. Outrossim, asseverou que no ato de inscrição optou por concorrer às vagas ofertadas para 05ª URE – Município de Santarém: 13 vagas (12 para ampla concorrência e 01 para PCD). Alegou a existência de irregularidades, tais como: desvio de função – servidores efetivos (Professores AD-4) exercendo atribuições relacionadas com atividade de educação especial, todavia, sem prestarem concurso para esse cargo específico (Professor de Educação Especial) – e ainda, contratações de servidores temporários em detrimento dos candidatos aprovados em concurso público – cadastro de reserva.

Liminarmente pediu que fosse determinada sua nomeação e posse, até julgamento definitivo, bem assim a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Ao final, que lhe fosse concedida a ordem.

Coube-me a relatoria por distribuição (fl. 139). Às fls. 141/142 indeferi o pedido de liminar, mas concedi ao impetrante a gratuidade processual.

O Estado do Pará apresentou defesa sustentando a ausência de direito líquido e certo (fl. 150/163).

Nas informações o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Pará aduziu que o impetrante fora aprovado além do número de vagas ofertadas; asseverou que os contratos temporários não têm relação com o cargo para o qual o impetrante prestou concurso. Conclusivamente pugnou pela denegação da ordem (fls. 164/177).

O Exmo. Procurador-Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da segurança (fls. 193/195v).

É o relatório.

## VOTO

**A EXCELENTÍSSIMA DESEMBARGADORA LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO - RELATORA:**

Importa consignar ao início deste exame que o próprio impetrante admitiu em sua peça vestibular que foi aprovado na 20ª colocação, ou seja, além das vagas oferecidas concurso em questão (13 vagas totais), portanto inserido no cadastro de reserva.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 837.311/PI, Relator Min. Luiz Fux, submetido à sistemática da Repercussão Geral (Tema 784) decidiu:

**EMENTA: 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. 1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do merit system, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput). 2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011. 3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade. 4. O Poder Judiciário não deve atuar como Administrador Positivo, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional. 5. Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como verbi gratia, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários. 6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inoccorrência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja



na validade ou a realização de novo certame. 7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a 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. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. 8. In casu, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. 9. 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)

Em outras palavras, o candidato aprovado além das vagas previstas em edital não ostenta direito subjetivo de ser nomeado, possuindo, ao revés, uma expectativa de direito, que se convolará em direito subjetivo à nomeação na excepcional hipótese de restar demonstrado, de forma inequívoca, que a Administração age de modo compatível com a necessidade de prover cargos vagos.

No caso em análise, os elementos probatórios colacionados aos autos não demonstram qualquer espécie de preterição. Explico.

O impetrante buscou comprovar sua alegação de preterição, motivada pela contratação de servidores temporários em detrimento dos candidatos aprovados no concurso público, mediante uma relação nominal – cuja fonte não ficou esclarecida – indicando um suposto de 54 casos supostamente configuradores de desvio de função (fl. 137).

Ocorre que essa listagem nada elucida sobre existência de cargos efetivos vagos, posto que indica apenas o nome do servidor contratado, a função desempenhada, ano que entrou em exercício, lotação e carga horária. Além disso, sabe-se que nesse regime precário de recrutamento o agente exerce função pública como mero prestador de serviços, sem ocupar cargo ou emprego público na estrutura administrativa, constituindo vínculo precário, de prazo determinado, nos moldes estabelecidos pelo texto da Constituição da República (art. 37, IX).



Nesse sentido trago o magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A título de exceção ao regime jurídico único, a Constituição, no artigo 37, IX, previu, em caráter de excepcionalidade, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, a possibilidade de contratação por tempo determinado. Esses servidores exercerão funções, porém, não como integrantes de um quadro permanente, paralelo ao dos cargos públicos, mas em caráter transitório e excepcional.

Destarte, a simples indicação de contratação temporária, consoante o art. 37, IX, da Constituição da República, à míngua de provas concretas, não tem o condão, por si só, de comprovar a preterição dos candidatos aprovados ou a existência de cargos efetivos vagos.

Nesse sentido trago julgados do STJ:

**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.

(AgInt no RMS 49.104/GO, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 26/05/2017)

\*\*\*

**ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE FUNCIONÁRIOS NA VIGÊNCIA DO CERTAME. PRETERIÇÃO QUE, PARA FICAR CONFIGURADA, EXIGE A COMPROVAÇÃO DE QUE OS TEMPORÁRIOS FORAM ADMITIDOS PARA DESEMPENHAR AS ATRIBUIÇÕES DE CARGOS EFETIVOS VAGOS, EM DETRIMENTO DOS APROVADOS NO CONCURSO.**

1. Candidato aprovado em concurso público além do número de vagas oferecido no edital adquire o direito à nomeação, respeitada a ordem de classificação, na hipótese em que a administração, no prazo de validade do certame, havendo cargos efetivos a preencher e estando evidenciada a necessidade dos serviços, promove contratação temporária de funcionários para o desempenho de atribuições próprias desses cargos, em detrimento dos aprovados no certame. Precedentes.

2. No caso examinado nos autos, não há falar em preterição, porquanto a contratação questionada pelas recorrentes deu-se em caráter precário e temporário, não tendo sido apresentada nenhuma prova da existência de novos cargos efetivos vagos, na Secretaria Regional de Diamantina, além daqueles três oferecidos no concurso de 2005, que foram preenchidos em



estrita obediência à ordem de classificação.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no RMS 31.083/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 22/05/2014)

O impetrante também alegou desvio de função – servidores efetivos (Professores AD-4) exercendo atribuições relacionadas com atividade de educação especial, porém não carrou aos autos provas documentais que ratificassem tal alegação.

Nessa moldura fático-jurídica não prospera a pretensão autoral.

Ante o exposto, DENEGO A SEGURANÇA, extinguindo o processo com resolução de mérito. Sem honorários advocatícios consoante art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

Belém (PA), 20 de março de 2019.

Desa. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO

Relatora