



ACÓRDÃO N°  
PROCESSO N° 0004935-13.2015.814.0028  
1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO  
APELAÇÃO  
COMARCA: MARABÁ  
APELANTE: MUNICÍPIO DE BOM JESUS DO TOCANTINS  
Procurador: Dr. Franklin Carneiro da Silva  
APELADO: DANIELA SILVA LIMA  
Advogado: Dr. Frederico Nogueira Nobre de Amorim  
RELATORA: DESA. CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO.

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR NÃO CONHECIDA. INOVAÇÃO RECURSAL. CONCURSO PÚBLICO. ODONTÓLOGO. DUAS VAGAS OFERTADAS. CONVOCAÇÃO DE TRÊS CANDIDATOS. PRETERIÇÃO DA QUARTA COLOCADA. CONTRATAÇÃO DE TEMPORÁRIOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ART. 37, II, CF/88.

- 1- O apelante suscita preliminar de inadequação da via eleita, sendo que a matéria não foi encartada na defesa, importando em inovação no apelo, pelo que não deve ser conhecida, em atenção ao princípio do duplo grau de jurisdição e do efeito devolutivo recursal;
2. A causa de pedir do mandamus reside na aprovação da impetrante em quarto lugar no concurso público para odontólogo do município apelante, tendo sido ofertadas duas vagas no edital de abertura, com a nomeação de três candidatas e pedido de desligamento daquela aprovada em primeiro lugar, tendo sido a impetrante preterida na convocação, tanto em função da incidência da vacância, quanto pela contratação de servidores temporários.
3. Acerca da matéria, o STF já firmou entendimento no julgamento do RE 8367311, que, em sede de repercussão geral, firmou a tese consubstanciada no Tema 784, que reconhece o direito subjetivo do candidato à nomeação para o cargo 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;
4. Com base nas provas dos autos, infiro que a impetrante/apelada foi aprovada no concurso, para o qual, embora ofertadas 2 (duas) vagas, foram convocados 3 (três) candidatos; e que, mesmo depois da vigência regular do certame, o apelante não a convocou; porém manteve 3 (três) servidores no cargo de odontólogo, priorizando contratação precária de trabalhadores, em detrimento da regular ocupação de cargo público, em caráter definitivo e efetivo, pela via de aprovação em concurso, na forma disciplinada no inciso II, do art. 37, da CF/88;
5. Emerge, assim, a perfeita subsunção do caso concreto ao Tema 784 do STF. Isto porque a Administração possui o dever de ocupar seu quadro de pessoal nos termos da legalidade; e, conforme assentado pelo legislador constituinte, a regra é a aprovação prévia em concurso de provas ou de provas e títulos, importando em preterição a contratação de temporários em lugar de candidato aprovado no certame;
6. Recurso parcialmente conhecido e desprovido na parte conhecida.

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, os Excelentíssimos Desembargadores, integrantes da 1ª Turma de Direito Público, à unanimidade, em conhecer em parte do recurso e, na parte conhecida, negar provimento à apelação, confirmando os termos da sentença, que concedeu a segurança em favor da apelada, nos termos da fundamentação.

1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, 08 de abril de 2019.  
Relatora Exma. Sra. Des. Célia Regina de Lima Pinheiro.



Julgamento presidido pela Exma. Des. Maria Elvina Gemaque Taveira, tendo como segundo julgador o Exmo. Des. Roberto Gonçalves de Moura e como terceira julgadora, a Exma. Des. Ezilda Pastana Mutran.

Desembargadora CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO  
Relatora

#### RELATÓRIO

A EXMA. DESEMBARGADORA CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO (RELATORA):

Trata-se de recurso de apelação (fls. 111/117), interposto pelo MUNICÍPIO DE BOM JESUS DO TOCANTINS contra sentença (fls. 109/110), proferida pelo juízo de direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Marabá, que, nos autos do mandado de segurança, impetrado por DANIELA SILVA LIMA, concedeu a segurança, determinando a convocação, nomeação e posse da apelada, no cargo de odontóloga do Município de Bom Jesus do Tocantins.

Em suas razões, o apelante suscita preliminar de inadequação da via eleita. No mérito, aduz que a responsabilidade de convocação de candidatos para concurso público do ente municipal se limita ao número de vagas ofertadas, de modo que a vacância no curso da vigência do certamente não gera direito à nomeação do candidato aprovado na colocação seguinte. Justifica a não convocação pela impossibilidade orçamentária, com base nas limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, com a reforma da sentença, para reconhecer a inexistência do direito da apelada à nomeação pretendida.

Recurso recebido no duplo efeito, à fl. 119.

Contrarrazões ausentes, nos termos da certidão de fl. 118-verso.

Parecer do Ministério Público, às fls. 125/130, opinando pelo desprovimento do recurso.

Despacho, à fl. 133, determinando prestação de informações da autoridade apontada como coatora, acerca da nomeação de temporários no lugar da impetrante.

Certificada a ausência de informações à fl. 137.

É o relatório.

#### VOTO

A EXMA SRA. DESEMBARGADORA CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO (RELATORA):

Aplicação das normas processuais

Considerando que o recurso deve observar a legislação vigente na data em que proferida a decisão recorrida, passo a aplicar o CPC/73 ao exame da matéria, haja vista a prolação da sentença ser anterior à vigência da nova lei processual.

Preliminar não conhecida

O apelante suscita preliminar de inadequação da via eleita, aduzindo necessidade de dilação probatória para apurar o direito da impetrante.



Ocorre que a matéria não foi encartada na defesa, sendo inaugurada no apelo, pelo que não deve ser conhecida, em atenção ao princípio do duplo grau de jurisdição e do efeito devolutivo recursal.

Posto isto, deixo de conhecer da preliminar.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço, em parte, do apelo e passo a analisar a matéria devolvida, na forma que segue:

#### Mérito

A sentença concedeu a ordem no mandado de segurança, nos termos do dispositivo a saber: ANTE O EXPOSTO, CONCEDO A SEGURANÇA para que o impetrado imediatamente nomeie e dê posse à impetrante, extinguindo o processo com resolução do mérito, na forma do artigo 269, I, do Código de processo Civil e da Lei nº 12.016/2009.

A causa de pedir do mandamus reside na aprovação da impetrante em 4º lugar no concurso público para odontólogo do município apelante, tendo sido ofertadas duas vagas no edital de abertura, com a nomeação de três candidatos e pedido de desligamento da aprovada em primeiro lugar, tendo sido a impetrante preterida na convocação, tanto em função da vacância da vaga de desistência, quanto pela contratação de servidores temporários. Acerca da matéria, o STF já firmou entendimento no julgamento do RE 8367311, que, em sede de repercussão geral, firmou a tese consubstanciada no Tema 784, cujo teor segue transcrito:

#### Tema 784

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: I – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;

II – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação;  
III – 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.

Na espécie, o edital de abertura do Concurso Público nº 001/2013, encartado às fls. 12/39, publicado em 03/05/2013, com vigência de 2 (dois) anos, com prorrogação possível por mais um período, dá conta da abertura de 2 (duas) vagas para o cargo de odontólogo.

O concurso foi homologado por meio do Edital de Homologação nº 003/2013, em 09/07/2013.

O edital contendo o resultado do certame (fls. 41/43), confirma a provação da impetrante em 4º (quarto) lugar para o cargo a que concorreu. A



convocação, espelhada no edital de fls. 45/48, datada de 01/08/2013, informa o chamamento dos candidatos aprovados na primeira, segunda e terceira colocações.

A consulta ao portal da transparência da Secretaria Municipal de Atenção à Saúde, carreada às fls. 98, 100 e 103, informa que, em 06/10/2015, o apelante possui, em seu quadro profissional de saúde, além dos candidatos convocados no concurso público em tela, mais dois servidores contratados na qualidade de temporários (Agnaldo Rodrigues Mendes e Liberato Carvalho Filho e Fábio da Silva Santos).

Com base nas provas produzidas nos autos, infiro que a impetrante/apelada foi aprovada no concurso, para o qual, embora ofertadas 2 (duas) vagas, foram convocados 3 (três) candidatos; e que, mesmo depois da vigência regular do certame, o apelante não convocou a impetrante; porém mantém 3 (três) servidores no cargo de odontólogo, priorizando contratação precária de trabalhadores, em detrimento da regular ocupação de cargo público, em caráter definitivo e efetivo, pela via de aprovação em concurso, na forma disciplinada no inciso II, do art. 37, da CF/88.

Daí emerge a perfeita subsunção do caso concreto na Tese firmada pelo STF, ensejadora do Tema 784, supratranscrito. Isto porque a Administração possui o dever de ocupar seu quadro de pessoal nos termos da legalidade; e, conforme assentado pelo legislador constituinte, a regra é a aprovação prévia em concurso de provas ou de provas e títulos.

Desta feita, o ente administrativo que celebra concurso público e, mesmo dispondo de vagas, as faz ocupar por contratação de caráter precário, expoente da exceção à regra posta, permitida tão somente diante de situações urgentes, decerto que atua em subversão ao regramento jurídico vigente, violando os princípios constitucionais da isonomia, da moralidade e da legalidade. É o que se extrai do caso em voga.

Demais disso, destaco que o apelante quedou-se inerte diante do despacho que proferi, à fl. 133, onde o instei a esclarecer as informações colhidas do processo n° 0003351.08.2015.814.0028, que versa sobre o mesmo concurso em questão, donde constam dados relativos ao pedido de desligamento do quadro funcional, pela primeira colocada, em 01/12/2014.

Diante do silêncio do apelante, reputo verdadeira as informações por ele não infirmadas, o que importa em apurar que, ao largo da contratação de servidores temporários, em preterição à convocação do quarto colocado no certame, o apelante também violou o direito da apelada diante da vacância gerada pela desistência da primeira colocada; o que, por automático, fez redundar ao direito da impetrante à correspondente nomeação e posse, que lhe foram negados, também nesta oportunidade.

Em tese, o princípio da vinculação ao ato de convocação atrai a necessidade de que o ente público, assim como exige do particular, faça cumprir os termos deduzidos no edital. A convocação sucessiva, na ordem de classificação, portanto, é regra que deve ser regamente respeitada, eis que ilação dos termos editalícios.

Não obstante a apelada não haver sido classificada entre as vagas ofertadas, é inequívoco o desligamento da primeira colocada, de modo que, considerando já haverem sido convocados o segundo e o terceiro



classificados, emerge o direito de convocação em favor da impetrante/apelada.

Em complemento, faço constar também precedentes do STJ, que já firmou entendimento no sentido de reconhecer o direito líquido e certo do candidato, em circunstâncias similares à presente:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTÉRIO. CONVOCAÇÃO DOS APROVADOS. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO HABILITADO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DE VAGA OFERTADA NO EDITAL. NOMEAÇÃO DO PRÓXIMO CANDIDATO NA ORDEM CLASSIFICATÓRIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO. 1. Dado o desinteresse de determinado candidato em tomar posse, restando em aberto vaga prevista no edital do concurso público, faz nascer para o próximo candidato na ordem convocatória o direito líquido e certo à nomeação, uma vez que passa a se considerar dentro do número de vagas previstas no edital. 2. Com o ato de desistência de candidata anteriormente convocada para vaga prevista no edital, nasceu para a ora recorrente o direito líquido e certo a ser convocada para comprovação da habilitação para o cargo e demais etapas seguintes, com vistas à nomeação e à posse no concurso público em questão. 3. Recurso ordinário provido para determinar que a recorrente seja novamente convocada para comprovação da habilitação, preenchimento da ficha de declaração de acúmulo de cargos e escolha de vagas e, no caso de preenchimento dos requisitos necessários, seja nomeada para o cargo ao qual logrou aprovação. (STJ - RMS: 23305 PR 2006/0273232-4, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 09/06/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/06/2015)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. DESISTÊNCIA DE CANDIDATOS QUE SE ENCONTRAVAM MELHOR CLASSIFICADOS. SURGIMENTO DO DIREITO À NOMEAÇÃO. SÚMULA 83/STJ. 1. O Tribunal a quo decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, no sentido de que a desistência ou desclassificação de candidato gera para os seguintes na ordem de classificação direito subjetivo à nomeação. Incidência da Súmula 83/STJ. Precedentes: MS 19218/DF, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Relator p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 21/06/2013; AgRg no REsp 1417528/SE, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14/04/2014; AgRg no RMS 30.776/RO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 11/10/2013. 2. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp: 564329 SC 2014/0206114-0, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 19/03/2015, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/03/2015)

Posto isso, uma vez amparada pelo direito líquido e certo, devidamente comprovado, nos autos, reputo acertada a sentença que concedeu a segurança em favor da apelada, pelo que deve ser mantida.

Por fim, desmerece prosperar a tese que justifica a não convocação em relevo pelas limitações orçamentárias contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal, já que, por um lado, a contratação de temporários também importa em despesa com pagamento de pessoal; e, por outro, ainda que tais admissões não houvessem se efetivado, o desligamento da candidata melhor classificada, por si só, já permitia a convocação em tela, sem qualquer acréscimo de despesa ao erário, já que a vaga que ocupava encontrava previsão orçamentária desde a abertura do certame.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso; e, na parte conhecida, nego provimento à apelação, confirmando os termos da sentença, que concedeu a segurança em favor da apelada, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Belém, 08 de abril de 2019.

Desa. CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO



---

Relatora