



Número: **0002766-89.2016.8.14.0037**

Classe: **APELAÇÃO CÍVEL**

Órgão julgador colegiado: **2ª Turma de Direito Público**

Órgão julgador: **Desembargadora DIRACY NUNES ALVES**

Última distribuição : **04/02/2019**

Valor da causa: **R\$ 5.000,00**

Processo referência: **0002766-89.2016.8.14.0037**

Assuntos: **Nomeação**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **SIM**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **NÃO**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
URSULA MARIA PIRES LEITE (APELANTE)	RONALDO VINENTE SERRAO (ADVOGADO) MILENA DE SOUZA SARUBBI (ADVOGADO)
MUNICIPIO DE ORIXIMINA (APELADO)	
LUIZ GONZAGA VIANA FILHO PREFEITO MUNICIPAL DE ORIXIMINA (APELADO)	
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ (AUTORIDADE)	LEILA MARIA MARQUES DE MORAES (PROCURADOR)

Documentos			
Id.	Data	Documento	Tipo
4754305	22/03/2021 15:51	Acórdão	Acórdão
4589434	22/03/2021 15:51	Relatório	Relatório
4688914	22/03/2021 15:51	Voto do Magistrado	Voto
4688909	22/03/2021 15:51	Ementa	Ementa



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

APELAÇÃO CÍVEL (198) - 0002766-89.2016.8.14.0037

APELANTE: URSULA MARIA PIRES LEITE

APELADO: LUIZ GONZAGA VIANA FILHO PREFEITO MUNICIPAL DE ORIXIMINA, MUNICIPIO DE ORIXIMINA

RELATOR(A): Desembargadora DIRACY NUNES ALVES

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA CLASSIFICADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ALEGADA CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE TEMPORÁRIOS. AUSÊNCIA DE PROVA. TEMA 784 DO STF. REPERCUSSÃO GERAL. APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

I - A jurisprudência 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.

II – Município de Oriximiná ofertou 02 (duas) vagas para o cargo de assistente social e a candidata obteve a 9ª colocação.

II – No caso em exame, não há qualquer prova a indicar preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração.

III – Sentença mantida. Apelo conhecido e não provido.



RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por Úrsula Maria Pires Leite em face da sentença prolatada pelo juízo de direito da Vara Única da Comarca de Oriximiná nos autos da ação ordinária de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada que julgou improcedente o pedido formulado na inicial e extinguiu o processo com resolução de mérito nos termos do art. 487, I do NCPC.

A ora apelante ajuizou ação em face do Município de Oriximiná com pedido de tutela antecipada. Narrou que obteve a 9ª classificação para o cargo de assistente social no concurso público 001/2010 destinado ao provimento de cargos para o preenchimento de vagas na zona urbana e zona rural para o quadro de pessoal efetivo de nível superior, médio, fundamental completo e incompleto, com prazo de 02 (dois) anos, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período.

Disse que o prazo de validade do concurso expirou e que o Município de Oriximiná contratou de forma precária 08 (oito) profissionais para a função de assistente social em detrimento dos aprovados no referido certame.

Juntou documentos, dentre os quais destaco: diploma de graduada em serviço social (ID 1342284, p. 18) e lista dos classificados para o cargo de assistente social (ID 1342284, p. 34).

O juízo de piso deferiu a antecipação da tutela e determinou a nomeação e posse da candidata sob pena de multa diária no valor de R\$1.000,00 (um mil reais) – ID 1342290, p.1/4).

Em sentença, o juízo julgou improcedente a ação, tornou sem efeito a tutela antecipada antes concedida, determinou a recondução ao cargo de técnica em vigilância sanitária e condenou a ora recorrente ao pagamento das custas e honorários no percentual de 10% sobre o valor da causa (ID 1342295).

A autora/apelante opôs embargos de declaração (ID 1342296), os quais foram rejeitados (sentença de id 1342297).

Inconformada a recorrente interpôs o presente apelo. Defende que a sentença combatida contraria o entendimento do STF vez que ocupou de forma precária cargos sem promover concurso público (RE 598099, de relatoria do Min. Gilmar Mendes).

O Município de Oriximiná apresentou contrarrazões ao apelo (id 1342299).

Os autos vieram a minha relatoria após distribuição regular.

Instada a se manifestar a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e não provimento ao recurso (id 1556749).



É o breve relatório.

VOTO

Consoante o decidido pelo Plenário do STJ, na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Portanto, aplica-se o Novo Código de Processo Civil ao exame da matéria, haja vista a prolação da sentença se deu já na vigência da nova lei processual.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, eis que tempestivo e sem preparo posto que a recorrente está albergada pelo benefício da justiça gratuita, conhecimento da apelação e, não havendo preliminares, passo a análise do mérito recursal.

O ponto central da presente demanda é a existência ou não de direito da candidata à nomeação para o cargo de assistente social, em virtude de ter alcançado a 9ª colocação e da alegada contratação irregular de servidores temporários realizada pela Municipalidade.

É sabido que o candidato aprovado e classificado dentro do número de vagas ofertado no concurso público tem direito subjetivo à nomeação. Conquanto a problemática reside nos casos em que o candidato ficou classificado além do número de vagas ofertadas ou ainda quando se tratar apenas de concurso para formação de cadastro de reserva.

No vertente caso, tenho como incontroverso o fato de que o Município de Oriximiná realizou o Concurso Público 001/2010 para o provimento de diversos cargos, tendo ofertado 02 (duas) vagas para o cargo de assistente social, cargo este disputado pela recorrente que obteve a 9ª colocação na ordem de classificação. Além disso, o referido concurso não se destinou à formação de cadastro de reserva e teve seu prazo de validade expirado em 08/12/2012.

Ora, o objeto da demanda já foi apreciado pelo STF em repercussão geral (RE 837311/PI). Trata-se do Tema 784 que firmou entendimento no sentido de que o direito subjetivo à nomeação em concurso público de candidato aprovado fora do número de vagas surge somente nos casos em que ocorrer a preterição destes de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração. Assim restou ementado o acórdão:

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. ARBITRIO. 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 inoportunidade 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)

Como restou dito pelo Supremo Tribunal Federal o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público surge quando: **1) aprovado dentro do número de vagas ofertadas no edital; 2) quando houver preterição na nomeação por inobservância da ordem de classificação; e 3) 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.**

No vertente caso, o candidato maneja a ação ordinária em face da municipalidade alegando que o seu direito subjetivo à nomeação surgiu em face da contratação arbitrária de servidores temporários para desenvolver as funções do cargo efetivo por ele pretendido, conquanto se descuida de trazer aos autos prova do direito alegado. **Consta nos autos a citação de servidores supostamente contratados pelo Município, mas sem qualquer valor probatório, posto que não se trata de documento público e nem mesmo se presta a provar que as contratações supostamente irregulares alcançariam a classificação obtida pela recorrente (9ª colocação).**

Assim, andou bem o juízo de piso que reconheceu inexistir o direito material alegado pela autora, isto porque, destaco uma vez mais, foram ofertadas pela Municipalidade 02 (duas) vagas para o cargo de assistente social, sendo feita a convocação dos aprovados até a 2ª colocação, observada a ordem de classificação, e a



recorrente não logrou êxito em demonstrar as alegadas contratações irregulares de tal forma que fosse alcançada a classificação por ele obtida.

Ademais disso, ressalto que o concurso se destinou ao provimento de cargos efetivos e o edital do certame não previu a formação de cadastro de reserva.

Dessa forma, a recorrente teve apenas expectativa de direito à nomeação enquanto vigente o prazo de validade do certame. Findo o prazo, não há que se falar nem mesmo em expectativa de direito.

Nesse sentido, colaciono precedentes desta Corte:

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).

EMENTA: 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, E 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 04 (quatro) vagas para o cargo pretendido pela apelante, tendo o Município de Cametá realizado a convocação de 08 (oito) candidatos aprovados,



obedecida a ordem de classificação do certame. 2. Tendo sido a apelante classificada somente na 13ª colocação, ou seja, fora do número de vagas disponíveis para a sua sede, cabe à Administração a discricionariedade da convocação, utilizando-se dos critérios de conveniência e oportunidade. 3. O simples fato do Município estar contratando temporários não implica, necessariamente, no reconhecimento do Direito Subjetivo dos candidatos aprovados fora do número de vagas disponíveis em edital, pois, para tanto, se faz necessário a demonstração da existência de cargos vagos cujo preenchimento se dê por concurso público. Precedentes dos Tribunais Superiores e Cortes Estaduais. 4. Na situação em análise, não restou comprovada a existência de cargos vagos à alcançar a Apelante, 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 se caracteriza como mera expectativa de direito, não havendo que se falar em preterição, arbitrária e imotivada, dos candidatos aprovadas em cadastro de reserva. 4. Apelação Cível conhecida e improvida.

(2018.01138058-91, 187.325, Rel. MARIA ELVINA GEMAQUE TAVEIRA, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO, Julgado em 2018-03-19, Publicado em 2018-03-22)

Ante ao exposto, na esteira do parecer ministerial, **conheço do recurso de apelação e lhe nego provimento**, mantendo na íntegra os termos da sentença combatida, conforme fundamentação lançada.

É como voto.

Desembargadora **Diracy Nunes Alves**

Relatora

Belém, 22/03/2021



Trata-se de Apelação Cível interposta por Úrsula Maria Pires Leite em face da sentença prolatada pelo juízo de direito da Vara Única da Comarca de Oriximiná nos autos da ação ordinária de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada que julgou improcedente o pedido formulado na inicial e extinguiu o processo com resolução de mérito nos termos do art. 487, I do NCPC.

A ora apelante ajuizou ação em face do Município de Oriximiná com pedido de tutela antecipada. Narrou que obteve a 9ª classificação para o cargo de assistente social no concurso público 001/2010 destinado ao provimento de cargos para o preenchimento de vagas na zona urbana e zona rural para o quadro de pessoal efetivo de nível superior, médio, fundamental completo e incompleto, com prazo de 02 (dois) anos, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período.

Disse que o prazo de validade do concurso expirou e que o Município de Oriximiná contratou de forma precária 08 (oito) profissionais para a função de assistente social em detrimento dos aprovados no referido certame.

Juntou documentos, dentre os quais destaco: diploma de graduada em serviço social (ID 1342284, p. 18) e lista dos classificados para o cargo de assistente social (ID 1342284, p. 34).

O juízo de piso deferiu a antecipação da tutela e determinou a nomeação e posse da candidata sob pena de multa diária no valor de R\$1.000,00 (um mil reais) – ID 1342290, p.1/4).

Em sentença, o juízo julgou improcedente a ação, tornou sem efeito a tutela antecipada antes concedida, determinou a recondução ao cargo de técnica em vigilância sanitária e condenou a ora recorrente ao pagamento das custas e honorários no percentual de 10% sobre o valor da causa (ID 1342295).

A autora/apelante opôs embargos de declaração (ID 1342296), os quais foram rejeitados (sentença de id 1342297).

Inconformada a recorrente interpôs o presente apelo. Defende que a sentença combatida contraria o entendimento do STF vez que ocupou de forma precária cargos sem promover concurso público (RE 598099, de relatoria do Min. Gilmar Mendes).

O Município de Oriximiná apresentou contrarrazões ao apelo (id 1342299).

Os autos vieram a minha relatoria após distribuição regular.

Instada a se manifestar a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e não provimento ao recurso (id 1556749).

É o breve relatório.



Consoante o decidido pelo Plenário do STJ, na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Portanto, aplica-se o Novo Código de Processo Civil ao exame da matéria, haja vista a prolação da sentença se deu já na vigência da nova lei processual.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, eis que tempestivo e sem preparo posto que a recorrente está albergada pelo benefício da justiça gratuita, conhecimento da apelação e, não havendo preliminares, passo a análise do mérito recursal.

O ponto central da presente demanda é a existência ou não de direito da candidata à nomeação para o cargo de assistente social, em virtude de ter alcançado a 9ª colocação e da alegada contratação irregular de servidores temporários realizada pela Municipalidade.

É sabido que o candidato aprovado e classificado dentro do número de vagas ofertado no concurso público tem direito subjetivo à nomeação. Conquanto a problemática reside nos casos em que o candidato ficou classificado além do número de vagas ofertadas ou ainda quando se tratar apenas de concurso para formação de cadastro de reserva.

No vertente caso, tenho como incontroverso o fato de que o Município de Oriximiná realizou o Concurso Público 001/2010 para o provimento de diversos cargos, tendo ofertado 02 (duas) vagas para o cargo de assistente social, cargo este disputado pela recorrente que obteve a 9ª colocação na ordem de classificação. Além disso, o referido concurso não se destinou à formação de cadastro de reserva e teve seu prazo de validade expirado em 08/12/2012.

Ora, o objeto da demanda já foi apreciado pelo STF em repercussão geral (RE 837311/PI). Trata-se do Tema 784 que firmou entendimento no sentido de que o direito subjetivo à nomeação em concurso público de candidato aprovado fora do número de vagas surge somente nos casos em que ocorrer a preterição destes de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração. Assim restou ementado o acórdão:

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. ARBÍTRIO. 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 inoportunidade 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)

Como restou dito pelo Supremo Tribunal Federal o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público surge quando: **1) aprovado dentro do número de vagas ofertadas no edital; 2) quando houver preterição na nomeação por inobservância da ordem de classificação; e 3) 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.**

No vertente caso, o candidato maneja a ação ordinária em face da municipalidade alegando que o seu direito subjetivo à nomeação surgiu em face da contratação arbitrária de servidores temporários para desenvolver as funções do cargo efetivo por ele pretendido, conquanto se descuida de trazer aos autos prova do direito alegado. **Consta nos autos a citação de servidores supostamente contratados pelo Município, mas sem qualquer valor probatório, posto que não se trata de documento público e nem mesmo se presta a provar que as contratações supostamente irregulares alcançariam a classificação obtida pela recorrente (9ª colocação).**

Assim, andou bem o juízo de piso que reconheceu inexistir o direito material alegado pela autora, isto porque, destaco uma vez mais, foram ofertadas pela Municipalidade 02 (duas) vagas para o cargo de assistente social, sendo feita a convocação dos aprovados até a 2ª colocação, observada a ordem de classificação, e a recorrente não logrou êxito em demonstrar as alegadas contratações irregulares de tal forma que fosse alcançada a classificação por ele obtida.

Ademais disso, ressalto que o concurso se destinou ao provimento de cargos efetivos e o edital do certame não previu a formação de cadastro de reserva.

Dessa forma, a recorrente teve apenas expectativa de direito à nomeação enquanto vigente o prazo de validade do certame. Findo o prazo, não há que se falar nem mesmo em expectativa de direito.

Nesse sentido, colaciono precedentes desta Corte:



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).

EMENTA: 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, E 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 04 (quatro) vagas para o cargo pretendido pela apelante, tendo o Município de Cametá realizado a convocação de 08 (oito) candidatos aprovados, obedecida a ordem de classificação do certame. 2. Tendo sido a apelante classificada somente na 13ª colocação, ou seja, fora do número de vagas disponíveis para a sua sede, cabe à Administração a discricionariedade da convocação, utilizando-se dos critérios de conveniência e oportunidade. 3. O simples fato do Município estar contratando temporários não implica, necessariamente, no reconhecimento do Direito Subjetivo dos candidatos aprovados fora do número de vagas disponíveis em edital, pois, para tanto, se faz necessário a demonstração da existência de cargos vagos cujo preenchimento se dê por concurso público. Precedentes dos Tribunais Superiores e Cortes Estaduais. 4. Na situação em análise, não restou comprovada a existência de cargos vagos à alcançar a Apelante,



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 se caracteriza como mera expectativa de direito, não havendo que se falar em preterição, arbitrária e imotivada, dos candidatos aprovadas em cadastro de reserva. 4. Apelação Cível conhecida e improvida.

(2018.01138058-91, 187.325, Rel. MARIA ELVINA GEMAQUE TAVEIRA, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO, Julgado em 2018-03-19, Publicado em 2018-03-22)

Ante ao exposto, na esteira do parecer ministerial, **conheço do recurso de apelação e lhe nego provimento**, mantendo na íntegra os termos da sentença combatida, conforme fundamentação lançada.

É como voto.

Desembargadora **Diracy Nunes Alves**

Relatora



APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA CLASSIFICADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ALEGADA CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE TEMPORÁRIOS. AUSÊNCIA DE PROVA. TEMA 784 DO STF. REPERCUSSÃO GERAL. APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

I - A jurisprudência 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.

II – Município de Oriximiná ofertou 02 (duas) vagas para o cargo de assistente social e a candidata obteve a 9ª colocação.

II – No caso em exame, não há qualquer prova a indicar preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração.

III – Sentença mantida. Apelo conhecido e não provido.

