



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba
Gabinete da Desembargadora Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti

Decisão Monocrática

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000702-13.2015.815.0911

RELATORA : Des^a Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti

APELANTE : Suenny Alves dos Santos

ADVOGADO : Maria do Socorro Flor Antonino (OAB/PB 11.161)

APELADO : Município de Serra Branca

ADVOGADO : Josedeo Saraiva de Souza (OAB/PB 10.376)

APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONCURSO PÚBLICO – PRETENSÃO À NOMEAÇÃO – CANDIDATA APROVADA FORA DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL – MERA EXPECTATIVA DE DIREITO – ALEGADA EXISTÊNCIA DE NOVAS VAGAS EM VIRTUDE DE EXONERAÇÕES E CONTRATAÇÕES DE SERVIDORES A TÍTULO PRECÁRIO – EXISTÊNCIA DE VAGAS EM DECORRÊNCIA DE CONTRATAÇÃO PRECÁRIA E DE DESVIO DE FUNÇÃO QUE NÃO ALCANÇA A COLOCAÇÃO DA CANDIDATA – AUSÊNCIA DE DIREITO À NOMEAÇÃO – TESE FIXADA PELO STF SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL – TEMA 784 – ART. 932, IV, b, DO CPC/15 - DESPROVIMENTO MONOCRÁTICO DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

No que se refere à controvérsia sobre a existência de direito subjetivo ao candidato aprovado fora do número de vagas em concurso público, o Excelso Supremo Tribunal Federal condicionou ao reconhecimento do direito pleiteado à demonstração inequívoca de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração Pública, fixando a tese em sede de Repercussão Geral (tema 784).

Considerando que não restou devidamente materializada preterição de candidata aprovada – além do número de vagas disponibilizadas – inexistente razão para impor à Administração

o dever de efetuar a nomeação, devendo, por conseguinte, ser mantida a sentença que deixou de conceder tal direito.

Vistos etc.

Trata-se de Apelação Cível (fls.129/134) interposta por Suenny Alves dos Santos insurgindo-se contra a sentença (fls.123/125-v) do Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Serra Branca, que julgou improcedente o pedido formulado na Ação de Obrigação de Fazer promovida pela apelante contra o Município de Serra Branca, com base no art. 487, I, do CPC/15.

Condenou a promovente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixando estes em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa atualizado, ressaltando a exigibilidade da exação por ser a parte beneficiária da justiça gratuita.

Irresignada, a apelante argumenta ter direito a ser nomeada para o cargo de Enfermeira, pois, embora aprovada na 10ª classificação de um total de 4 vagas, houve o surgimento de novas vagas dentro da validade do concurso em decorrência da exoneração de servidores e da contratação a título precário para o exercício da mesma função.

Nessa baila, assevera que resta demonstrado: a) a manutenção de 03 servidores a título precário entre 2013 e 2015, exonerados em 2016; b) a exoneração de 4 servidores efetivos ocorridos entre 2009 e 2014; c) a comprovação de 2 servidores em desvio de função, no cargo da apelante.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso, modificando a sentença, a fim de ser julgado procedente o pedido.

Intimada a parte adversa para apresentar as contrarrazões, manifestou pelo desprovimento do recurso, fls. 136/144.

A Procuradoria de Justiça, em parecer, opina pelo desprovimento do recurso, fls. 150/153.

É o relatório.

Decido.

A temática processual aportou nesta Corte Revisora para apreciação de Recurso Voluntário da autora, sob o fundamento de ter direito à nomeação a Concurso Público.

Em suma, alegou a apelante, na inicial, que embora aprovada na 10ª colocação para o cargo de enfermeiro, o qual apresentava o quantitativo de 4 (quatro) vagas, houve o surgimento de vagas em virtude de exonerações de servidores efetivos, a contratação a título precário de servidores, além do desvio de função de servidores aprovados no concurso para outro cargo.

A sentença rejeitou o pedido exordial, afirmando que o contexto fático dos autos revela que o direito subjetivo à nomeação se daria até o 8º colocado, já que houve a ausência da convocação de uma candidata dentro do número de vagas (4ª colocada), nomeação de 03 servidoras a título precário e desvio de uma servidora (fl. 125-v).

A decisão merece ser mantida.

No que se refere à controvérsia sobre a existência de direito subjetivo ao candidato aprovado fora do número de vagas em concurso público, o Excelso Supremo Tribunal Federal condicionou ao reconhecimento do direito pleiteado à demonstração inequívoca de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração Pública, fixando a tese em sede de Repercussão Geral (tema 784), sobre a qual colaciono a ementa da decisão:

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. (Grifei)

(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)

Dos autos ressaí:

1. A Apelante se submeteu ao Concurso Público de Provas e Títulos do Município de Serra Branca, Edital 01/2011, para concorrer a uma das quatro vagas disponíveis para o cargo de Enfermeiro do Município citado, sendo aprovada, ao final, na 10ª posição, fls. 25.

2. O Edital do certame previu como quantitativo de vagas para a citado cargo, o número de 03 vagas para a ampla concorrência e 01 vaga para portadores de necessidades especiais.

3. Também restou comprovada a convocação de 5 (cinco) classificados: Luziana Maria Ribeiro Sales, Itamara de Almeida Freire, Joyce Ferreira Batista e Érika Patrícia Lima da Silva (PNE), tendo esta última pedido exoneração e sido convocada Pollyana de Andrade Aragão (ampla concorrência), em virtude de não existirem mais candidatos aprovados na condição de PNE (fls. 86/87).

4. Durante o prazo de validade do certame, foram admitidas 3 (três) servidoras a título precário para exercer as mesmas funções da apelante, a saber: Maria Betânia de Araújo, Ednalva Moraes dos Santos e Naudilene de Lucena.

5. Resta evidente o desvio de função da servidora Josiane Araújo da Silva, a qual foi aprovada para o cargo de técnica de enfermagem em concurso anterior (fls.14;109).

6. Ausência de comprovação de desvio de função de Thallita Monnyky Florêncio da Silva Chaves (fl. 110);

7. Comprovação de exoneração de três servidores efetivos aprovados em concurso anterior durante a vigência do concurso em discussão, a saber: Cátia Cristina Agra Leite (03/09/2012); Maria Goretti Gama da Silva (14/12/2009); Luiz Pereira de Assis Neto (30/07/2014).

8. Concurso se expirou em 26 de dezembro de 2015, fls. 88.

Com base na exposição fática acima, houve apenas uma exoneração do concurso ao qual concorreu a apelante, da única aprovada na condição de portadora de necessidades especiais (PNE), tendo sido nomeada a 4ª colocada da ampla concorrência para ocupar a vaga em aberto, restando o 5º, 6º, 7º, 8º e 9º colocados a frente da autora/apelante.

Nessa baila, conforme visto, comprovou-se a contratação precária de 3 (três servidores para o exercício do cargo em disputa no período da validade do concurso, além do desvio de função de uma servidora, revelando a existência do direito subjetivo à nomeação do 5º, 6º, 7º e 8º colocados, não alcançando a autora/apelante que ocupa a 10ª colocação.

Ademais, as vacâncias advindas da exoneração de 3 (três) servidores aprovados em concurso anterior não vincula a Administração, permanecendo no seu critério de conveniência e oportunidade a nomeação com base na existência de novas vagas em decorrência de vacância ou criação por lei.

Nesse aspecto, cito:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. SURGIMENTO DE VAGAS NO DECORRER NO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO.

1. Hipótese em que a impetrante, classificada fora do número de vagas previstas no edital, requer a sua nomeação e posse, sob a alegação de surgimento de duas vagas durante a validade do certame (com as quais atinge a sua colocação), uma decorrente da aposentadoria de servidora do quadro do Ministério do Trabalho e outra oriunda de remoção de candidato empossado nas vagas de Deficiente Físico.

2. **A Primeira Seção desta Corte, nos autos do MS 17.886/DF, Rel.Min. Eliana Calmon, DJ 14.10.2013, reafirmou expressamente o entendimento já consolidado neste Tribunal, em alinhamento ao decidido pelo STF nos autos do RE 598.099/MG, de que os candidatos aprovados fora dos número de vagas previstas no edital ou em concurso para cadastro de reservas não possuem direito líquido e certo à nomeação, mesmo que novas vagas surjam no período de validade do concurso (por criação de lei ou por força de vacância), cujo preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da**

Administração. Precedentes: AgRg no RMS 38.892/AC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 19/04/2013; AgRg no RMS 37.745/RO, Rel. Min. Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 07/12/2012; AgRg no RMS 21362/SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. Convocado TJ/RS), Sexta Turma, DJe 18/04/2012; RMS 34789/PB, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 25/10/2011; AgRg no RMS 28.915/SP, Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 29/04/2011; AgRg no RMS 26.947/CE, Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 02/02/2009. 3. Segurança denegada.¹

No mesmo sentido, decidiu recentemente o Tribunal da Cidadania:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DAS VAGAS PREVISTAS EM EDITAL. PRAZO DE VALIDADE PRORROGADO ATÉ 2016. EXPECTATIVA DE DIREITO.

1. Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado pela ora agravante contra ato alegadamente ilegal atribuído à Secretária de Estado da Administração do Estado do Amapá, consistente na sua não nomeação para o cargo efetivo de enfermeiro, para o qual foi aprovada em concurso público realizado em 2012, com prazo de validade de dois anos, o qual foi prorrogado até agosto de 2016.

2. No caso dos autos, verifica-se que a agravante foi aprovada fora do número de vagas oferecido no edital de regência, assistindo-lhe apenas expectativa de direito à nomeação, dentro do prazo de validade de concurso. As vagas decorrentes das desistências ou de candidatos considerados inaptos, bem como as criadas por lei recém editada (Lei Estadual 1.880, de abril de 2015), não têm o condão de transmutar a sua expectativa de direito em direito líquido e certo à nomeação, porquanto os cargos vagos serão preenchidos consoante os juízos de oportunidade e conveniência da Administração, dentro do prazo de validade do certame, que, no caso, foi prorrogado até o ano de 2016.

3. A jurisprudência desta Corte pacificou-se no sentido de que o direito líquido e certo à nomeação somente exsurge para os candidatos aprovados dentro do número de vagas inicialmente previstas no edital; para os candidatos

1MS 20.079/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, DJe 14/04/2014.

aprovados fora do número de vagas, há mera expectativa de direito, como no caso de que ora se cuida. Ademais, qualquer discussão acerca de eventual direito à nomeação somente pode se dar após o prazo de vigência do edital do certame, inclusive com a prorrogação do prazo de validade constitucionalmente admitida.

Agravo regimental improvido.(AgRg no RMS 48.862/AP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 27/11/2015)

Portanto, por compreender que a apelante não é detentora do direito à nomeação, tenho como escorritos os fundamentos esposados na sentença, pois, de fato, as vagas oportunizadas no edital foram devidamente preenchidas.

Ante o exposto, com base no art. 932, IV, b, do CPC/15, monocraticamente, **NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO**, mantendo inalteradas as disposições da sentença objurgada, em consonância com o Parecer Ministerial.

Deixo de majorar os honorários advocatícios fixados na sentença, tendo em vista a aplicação no limite máximo previsto no art. 85, §2º, do CPC/15.

P.I.

João Pessoa, 26 de junho de 2018.

Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti
Relatora

G/5