



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça da Paraíba
Gabinete da Des. Maria das Graças Morais Guedes

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0024017-40.2011.815.2001

Relator : Des. Maria das Graças Morais Guedes
Impetrante : Péricles Rodolfo Araújo Mendes da Silva
Advogado : Marcus Freire, OAB/PB 13.693
Impetrado : Estado da Paraíba
Procurador : Daniele Cristina C. T. de Albuquerque

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONCURSO PÚBLICO. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. JULGAMENTO ANTECIPADO. OPORTUNIZADA À PARTE À ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS. INÉRCIA. PRECLUSÃO. REJEIÇÃO. MÉRITO. CANDIDATO APROVADO ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL E DAQUELES EXPRESSADOS PELA ADMINISTRAÇÃO COMO NECESSÁRIOS. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA QUE NÃO SIGNIFICA VACÂNCIA OU A EXISTÊNCIA DE CARGOS VAGOS, POR SI SÓ. IMPROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. DESPROVIMENTO.

- Não há que se falar em cerceamento de defesa, quando a parte é intimada para especificar provas, e mantém-se inerte, ante a preclusão consumativa.

- Para que seja reconhecido o direito subjetivo do candidato aprovado em concurso público a ser imediatamente convocado para tomar posse, faz-se indispensável a prova, de plano, de manifestação inequívoca da Administração, a propósito da existência

da vaga e da necessidade de nomeação, em relação ao cargo correspondente à sua colocação no certame.

- O Supremo Tribunal Federal (ADI 3.721/CE, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe de 12.8.2016) entende válida a contratação temporária, quando tiver por finalidade evitar a interrupção da prestação do serviço, isso sem significar vacância ou a existência de cargos vagos. Assim, a contratação temporária de terceiros não constitui, pura e simplesmente, ato ilegal - nem é indicativo da existência de cargo vago, para o qual há candidatos aprovados em cadastro reserva -, devendo ser comprovada, pelo candidato, a ilegalidade da contratação ou a existência de cargos vagos.

VISTOS, relatados e discutidos os autos acima referenciados.

ACORDA a Terceira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade, em **Rejeitar a Preliminar e NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO CÍVEL**.

RELATÓRIO

PÉRICLES RODOLPHO ARAÚJO MENDES DA SILVA ajuizou a presente AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DA FAZER em face do ESTADO DA PARAÍBA, narrando que prestou concurso para o cargo de Enfermeiro do Hospital de Emergência e Traumas Senador Humberto Lucena, tendo sido classificado na 135ª posição, com previsão editalícia de 73 (setenta e três) vagas.

Alega que durante a validade do certame, houve exonerações, demissões e atos de nomeações sem efeito, tendo sido alcançada até a posição 104.

Aduz que, conforme consulta ao CNES (Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde), constata-se a existência de 107 (cento e sete) profissionais exercendo a função de enfermeiro, sendo que

destes, apenas 18 (dezoito) são efetivos. Assim, considerando esse número, sua posição no concurso já foi alcançada, motivo pelo qual tem direito à nomeação.

Na sentença guerreada, a magistrada destacou que a Administração nomeou até a posição 104º, quando o autor fora classificado além desse número (135º), e a existência de profissional precário, não amplia o número de vagas, mas apenas demonstra irregularidades das contratações.

Nas razões recursais, fls. 62/66, o apelante argumenta que requereu prova na exordial, no sentido de que fosse oficiada a Secretaria de Administração do Estado da Paraíba, para que apresentasse o quadro de funcionários com seus respectivos vínculos, no entanto, tal pleito não foi atendido, tendo sido o feito julgado antecipadamente, acarretando flagrante cerceamento de defesa.

Contrarrazões, fls. 70/75.

Parecer Ministerial, fls. 81/85, pelo desprovimento.

É o relatório.

V O T O

Desa. Maria das Graças Morais Guedes – Relatora.

DO CERCEAMENTO DE DEFESA

O apelante diz que teve seu direito de produção de prova cerceado, pois requereu, na exordial, que fosse oficiada a Secretaria de Administração do Estado da Paraíba, para que apresentasse o quadro de funcionários com seus respectivos vínculos, no entanto, tal pleito não foi atendido, tendo sido o feito julgado antecipadamente.

Sem razão, contudo.

É que a magistrada oportunizou às partes a especificação de provas, conforme despacho de fls. 54, tendo sido intimadas

(fls. 54v) e, apenas o Estado da Paraíba manifestou-se, requerendo o julgamento antecipado. O autor, no entanto, ficou-se inerte.

Não há que se falar em cerceamento de defesa, quando a parte é intimada para especificar provas, e mantém-se inerte, ante a preclusão consumativa. Confira-se:

APELAÇÃO CÍVEL - DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - APELAÇÃO DO AUTOR - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - PROVA TESTEMUNHAL E OITIVA DO APELADO - INTIMAÇÃO PARA SE MANIFESTAR SOBRE A NECESSIDADE DA OITIVA DE UM DOS RÉUS - INÉRCIA - PRECLUSÃO - PERDA DO DIREITO DE REDISCUTIR A QUESTÃO - ART. 473, DO CPC/73 - PROVA CONSIDERADA ILÍCITA PELO MAGISTRADO - ÁUDIO DE CONVERSA ENTRE O AUTOR E TESTEMUNHA ARROLADA MAS NÃO APRESENTADA - LEGALIDADE DA PROVA QUE NÃO ALTERA A PRECLUSÃO CONSUMATIVA DA APRESENTAÇÃO DA TESTEMUNHA EM AUDIÊNCIA - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - APLICAÇÃO DO ART. 557, CAPUT, DO CPC/73 - NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO APELO. **Constatando-se a inércia da parte após intimação realizada pelo Juízo, impossível a rediscussão da matéria pela qual não se manifestou no momento oportuno, em virtude da preclusão.** Nas lições de Fredie Didier, verifica-se a preclusão: "(...) na perda do poder processual em razão do seu não exercício no momento oportuno; a perda do prazo é inércia que implica preclusão (art. 183, CPC). (In. Curso de Direito Processo Civil, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, 12 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, v. 1, p. 295.). (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00016202420108150351, - Não possui -, Relator DESA. MARIA DE FÁTIMA MORAES BEZERRA CAVALCANTI, j. em 04-09-2017)

Rejeito a preliminar.

MÉRITO

A jurisprudência deste Tribunal, seja no âmbito de suas Câmaras Cíveis ou do seu Órgão Especial, não discrepa quanto à aplicação do entendimento já consolidado nos Tribunais Superiores, a propósito do poder discricionário da administração de determinar o momento em que se

deve dar o preenchimento das vagas oferecidas no concurso, descartando a existência de direito líquido e certo do candidato aprovado dentro do número de vagas à nomeação, antes da expiração do prazo previsto no edital, ou do excedente, sem que exista ato que declare a criação ou vacância do cargo. Mas faz igual ressalva, no sentido de que a manifestação inequívoca da administração, a propósito da existência de vagas e da necessidade do seu preenchimento importa em situação excepcional, que revela injusta e arbitrária preterição daqueles que se encontram aprovados em concurso vigente, mesmo quando fora do número de vagas previsto no edital.

Em julgamento de recurso com repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que se deve reconhecer a existência de ato omissivo arbitrário, corrigível pela via do mandado de segurança, quando a administração já reconheceu formalmente a existência de vaga e ainda assim não faz a nomeação de candidato aprovado em colocação apta ao preenchimento. Confira-se (RE 837311 - PI, Rel. Min. Luiz Fux, DJE 18.4.2016):

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 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 incoerência 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 expreso 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.

No mesmo sentido está a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, como se extrai do seguinte precedente:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE AGENTE ADMINISTRATIVO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA. 1. De acordo com a jurisprudência consolidada desta Corte, os candidatos aprovados em concurso que não se classificaram dentro do número de vagas previsto no edital têm mera expectativa de direito à nomeação, expectativa essa que se converte em direito subjetivo líquido certo, em caso de preterição, ou se forem abertas vagas novas no prazo de validade do certame, bem como se surgir a abertura de lugar preenchível no quadro, decorrente, por exemplo, de aposentadorias, exonerações,

demissões, óbitos ou outros eventos. 2. In casu, após a homologação do certame, ocorreram as nomeações dos 10 candidatos aprovados dentro de número de vagas inicialmente previstos no edital, ocorrendo, em junho de 2009, a nomeação de outros 11 candidatos classificados fora do número de vagas ofertado inicialmente. Sendo a impetrante a candidata seguinte na lista convocatória. Conforme comprovado pelos documentos de fls. 130/166, surgiram 18 vagas no cargo pretendido durante o prazo de validade do certame, em decorrência de nomeações tornadas sem efeitos e aposentadorias, o que torna líquido e certo o direito da impetrante. 3. Ordem concedida para determinar a investidura da impetrante no cargo de Agente Administrativo do MTE, observada rigorosamente a ordem de classificação. (MS 20.001/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/09/2015, DJe 16/09/2015 -).

No que tange à contratação precária, o Supremo Tribunal Federal (ADI 3.721/CE, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe de 12.8.2016) entende válida a contratação temporária, quando tiver por finalidade evitar a interrupção da prestação do serviço, isso sem significar vacância ou a existência de cargos vagos. Assim, a contratação temporária de terceiros não constitui, pura e simplesmente, ato ilegal - nem é indicativo da existência de cargo vago, para o qual há candidatos aprovados em cadastro reserva -, devendo ser comprovada, pelo candidato, a ilegalidade da contratação ou a existência de cargos vagos. Veja-se:

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA CLASSIFICADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DA PRETERIÇÃO ALEGADA. 1. Trata-se de Recurso Ordinário Mandado de Segurança interposto por Larissa Viana Guimarães Cesarino contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que, por maioria, denegou a Segurança em impetração em que a recorrente pleiteava sua nomeação para o cargo de Profissional de Atendimento Integrado - Enfermeiro - SMS/PSF/40h, para o qual fora aprovada, além do número de vagas previsto no edital, em concurso público lançado pela Prefeitura Municipal de Salvador. 2. A recorrente prestou concurso público lançado pela Prefeitura Municipal de Salvador, regido pelo Edital SEPLAG 1/2011, onde constava um total de 202 vagas, sendo 10 destinadas à pessoas com deficiência, restando 192 vagas

para ampla concorrência, tendo obtido a aprovação em 363º lugar, ou seja, fora do número de vagas. A Administração Pública convocou 351 candidatos classificados, sendo nomeados 222 candidatos e outros 21 destes convocados aguardavam nomeação (fls. 699-700, e-STJ). Assim, percebe-se que houve nomeação de candidatos em quantitativo superior às vagas ofertadas pelo certame, que eram apenas 202. Ressalte-se que as 94 desclassificações no certame apontadas pela insurgente não implicam criação de novas vagas, uma vez que o ente municipal convocou além do número de vagas (351 candidatos convocados, dos quais 222 foram nomeados e 21 aguardavam nomeação), demonstrando que todos os 94 desclassificados foram substituídos por classificados posteriormente. 3. O STJ entende que os candidatos aprovados fora do número de vagas determinado originariamente no edital, os quais integram o cadastro de reserva, não possuem direito líquido e certo a nomeação, mas mera expectativa de direito para o cargo a que concorreram. Precedente: AgRg no REsp 1233644/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 13/4/2011. 4. A Corte Especial do STJ passou a seguir a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 837.311/PI, que entendeu 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, 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" (Tema 784/STF) (AgInt no RE nos EDcl no AgInt no RMS 48.056/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 15.9.2017). No mesmo sentido: AgInt no RMS 52.114/GO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Rel. Segunda Turma, DJe 25.8.2017. 5. No que tange à contratação precária, "o Supremo Tribunal Federal (ADI 3.721/CE, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe de 12.8.2016) entende válida a contratação temporária, quando tiver por finalidade evitar a interrupção da prestação do serviço, isso sem significar vacância ou a existência de cargos vagos. Assim, a contratação temporária de terceiros não constitui, pura e simplesmente, ato ilegal - nem é indicativo da existência de cargo vago, para o qual há candidatos aprovados em cadastro reserva -, devendo ser comprovada, pelo candidato, a ilegalidade da contratação ou a existência de cargos vagos. A propósito, ainda: STJ, AgInt no RMS 52.353/MS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 3.2.2017; RMS 51.721/ES, Rel. Ministro

Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 14.10.2016" (AgInt no RMS 49.856/MT, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.8.2017). No entanto, a recorrente não demonstrou a alegada preterição com a manutenção de 195 profissionais no cargo de Enfermeiro de forma precária, uma vez que não indica as especificações de lotação e áreas de atuação. 6. Sendo assim, não há, nos autos, elementos suficientes para demonstrar o surgimento de novas vagas, alcançando sua classificação, ou a preterição do direito da insurgente de ser nomeada, por contratação irregular de servidores temporários, para o mesmo cargo em que aprovada. Ausência, portanto, de comprovação de direito líquido e certo. 7. Recurso Ordinário não provido. (RMS 55.138/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017).

Fixadas tais premissas, tem-se que o edital previu 73 (setenta e três) vagas, para o Cargo de Enfermeiro do HTSHU. O Estado da Paraíba nomeou até a posição 104º, porém, a classificação do autor foi a 135º, ou seja, além da previsão editalícia e da necessidade de preenchimento expressada pela Administração. Ademais, inexistente prova de que as contratações temporárias foram ilegais.

Feitas tais considerações, Rejeitada a preliminar, no mérito, **NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO CÍVEL.**

Oficie-se ao Ministério Público, remetendo-lhe cópia de toda a ação, para a finalidade de analisar possível ato de improbidade administrativa, por burla ao princípio do concurso público.

É como voto.

Presidiu o julgamento, com voto, a Exma. Desa. Maria das Graças Morais Guedes – Presidente – Relatora. Presentes ao julgamento o Exmo. Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides e o Exmo. Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque. Presente ao julgamento, também, o Exmo. Dr. Rodrigo Marques da Nóbrega, Promotor de Justiça convocado.

Sala de Sessões da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa, 19 de dezembro de 2017.

Desa. Maria das Graças Morais Guedes
RELATORA