TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA

GABINETE DO DES. OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000171-60.2016.815.1211.
Relator : *Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho.*
Apelante : *Evânia Cristina Figueiredo de Queiroz Ramalho.*
Advogado : *Évanes Bezerra de Queiroz (OAB/PB nº 7.666).*
Apelado : *Município de Lucena.*
Procurador : *Francisco Carlos Meira da Silva (OAB/PB nº 12053).*

APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. DEMANDANTE APROVADA FORA DAS VAGAS PREVISTAS EM EDITAL. PARTE QUE FIGURA EM CADASTRO DE RESERVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE CONTRATAÇÕES PRECÁRIAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. NÃO CONFIGURAÇÃO DE PRETERIÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. DESPROVIMENTO DO APELO.

- Para a conclusão de que o candidato – aprovado fora do número de vagas previstas no edital ou dentro de um cadastro de reserva – tenha direito subjetivo à nomeação, em virtude da existência de contratação de servidores temporários, há de se provar a data em que ocorreram as contratações temporárias, a fim de caracterizar a notória preterição em sede de aprovação em concurso público.

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos. **ACORDA** a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, em sessão ordinária, negar provimento à apelação, nos termos do voto do relator, unânime.

Trata-se de **Apelação Cível** interposta por **Evânia Cristina Figueiredo de Queiroz Ramalho** contra sentença proferida pelo Juízo da

Comarca de Lucena nos autos da "Ação Ordinária" ajuizada em face do **Município de Lucena.**

Na peça de ingresso (fls. 02/13), a autora relatou que foi aprovada no concurso público, regido pelo Edital nº 001/2012, promovido pela edilidade demandada, para o cargo de Enfermeira, tendo obtido a 12ª posição do cadastro de reserva. Enfatizou que, apesar de a Prefeitura de Lucena manter, desde o ano de 2012, contratações de excepcional interesse público para o mesmo cargo que concorreu, foram nomeados apenas dois aprovados no certame. Ao final, pugnou pela concessão de tutela antecipada para nomeação no cargo para o qual foi aprovada e, após, pela conformação da medida.

Liminar indeferida (fls. 58).

Contestação apresentada (fls. 64/67), sustentando a inexistência de vagas, bem como que as contratações temporárias obedeceram à estrita legalidade, posto que decorreram de situações excepcionais para substituição de enfermeiros licenciados. Concluiu pela ausência de direito subjetivo à nomeação.

Réplica Impugnatória (fls. 96/105).

Sobreveio, então, sentença de improcedência do pleito autoral (fls. 176/182).

Inconformada, a autora interpôs Recurso Apelatório (fls. 185/200), alegando que a promovida mantém contratações de "excepcional interesse público" para o cargo de enfermeiro desde o ano de 2012, antes da realização do concurso, em detrimento dos aprovados no certame, violando o art. 37 da Constituição Federal.

Destacou, ainda, que "*o ato unilateral do Poder Público em realizar contratações precárias representa não só a existência de recursos financeiros para efetivamente realizar contratações, bem como a necessidade de preenchimento dos referidos cargos*" (fls. 197). Por fim, pugna pelo provimento do apelo e reforma da sentença.

Contrarrazões ofertadas (fls. 212/215), rogando pela manutenção da decisão recorrida.

A Procuradoria de Justiça pugnou pelo prosseguimento do feito sem a intervenção do Órgão Ministerial, porquanto ausente o interesse público (fls. 222/223).

É o relatório.

VOTO.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo, passando à análise de seus argumentos recursais.

Conforme relatado, o cerne da presente contenda se consubstancia em perquirir se a autora, Evânia Cristina de Queiroz Ramalho, embora aprovada em cadastro de reserva, possui ou não o direito à nomeação, em razão da alegada contratação irregular de enfermeiros sob o argumento de "*excepcional interesse público*".

Como é sabido, o acesso a cargos públicos dar-se-á, em regra, por meio de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, nos moldes do art. 37, inciso II, da Constituição da República de 1988.

Ainda, conforme lição corrente, a classificação de candidatos fora das vagas previstas no edital não lhes assegura direito subjetivo à nomeação, gerando tão somente mera expectativa de direito. Nesse passo, caberá à Administração Pública estabelecer o momento da investidura, de maneira discricionária.

Sobre o tema, confira-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATOS INSERIDOS EM CADASTRO DE RESERVA - NOVAS VAGAS - MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO - JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO - PRECEDENTES DO STF - CESSÃO DE SERVIDORES MUNICIPAIS - TERMO DE COOPERAÇÃO - PRETERIÇÃO NÃO MATERIALIZADA - AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - ILEGITIMIDADE PASSIVA.*
> *1. **Os candidatos aprovados em concurso público mas inseridos em cadastro de reserva têm expectativa de direito à nomeação**.*
> *2. O STF tem entendido caber à Administração, com relação aos cargos que surjam durante o período de validade do certame, decidir sobre a forma de gestão, podendo, inclusive extingui-las conforme juízo de conveniência e oportunidade. Proposta de alinhamento da jurisprudência desta Corte à posição do STF.*
> *3. Não restou devidamente materializada preterição de candidato aprovado, com expectativa de nomeação, em espera no cadastro de reserva.*
> *4. A cessão de servidores municipais não é de autoria da autoridade impetrada, sendo o responsável estranho à impetração.*
> *5. Segurança denegada".*
> (STJ - MS: 17886 DF 2011/0291162-1, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento:

11/09/2013, S1 – PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 14/10/2013). (grifo nosso).

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência admitem que existem situações em que o candidato aprovado em concurso público passa a ter o direito subjetivo à sua nomeação e à posse, dentro do prazo de validade do concurso, mesmo que se encontre fora do número de vagas inicialmente ofertadas.

Tais hipóteses são verificadas quando: a) houver preterição na nomeação por motivo da não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); b) 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.

O Supremo Tribunal Federal, analisando a matéria, nos autos do RE nº 837.311/PI, com repercussão geral reconhecida, assim se manifestou:

> *"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 inocorrência 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. A**ssim, 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."*

(STF, 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) – (grifo nosso).

Pois bem, no caso em exame, a despeito de a promovente alegar a existência de contrários precários para o exercício da mesma função do cargo para o qual foi aprovada, verifica-se que as contratações indicadas referem-se aos cargos de "enfermeiro PSF" e "enfermeiro SAMU" (fls. 49/55), os quais foram preenchidos através de Processo Seletivo Simplificado, consoante Edital acostado às fls. 76/93.

Outrossim, importante salientar que, mesmo que se considerasse irregular as citadas contratações, a apelante não logrou êxito em provar a época em que foram realizadas as contratações, a partir das quais seria possível verificar, em conformidade com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, se houve notória preterição de candidatos ou não.

Com efeito, não há como se afirmar que as contratações, apontadas pelos documentos trazidos ao caderno processual, ocorreram sequer no decorrer do prazo de validade do concurso, haja vista a ausência da data de admissão do pessoal estimativamente quantificado.

Nesse contexto, entendo que se revela correta a sentença recorrida ao concluir pela inexistência de direito subjetivo à nomeação, não tendo a autora se desincumbido do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, tal qual preconiza o art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil.

Por tudo o que foi exposto, **NEGO PROVIMENTO à Apelação**, mantendo na íntegra a sentença de primeiro grau.

É COMO VOTO.

Participaram do julgamento, o Exmo. Des. Luís Silvio Ramalho Júnior, o Exmo Dr. Aluísio Bezerra Filho, juiz convocado com jurisdição plena, em substituição ao Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos, e o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho. Presente ao julgamento, a Exma. Dra. Lúcia de Fátima Maia de Farias, Procuradora de Justiça. Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa,20 de março de 2018.

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho
Desembargador Relator