



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
GABINETE DO DES. SAULO HENRIQUES DE SÁ E BENEVIDES

DECISÃO TERMINATIVA

Apelação Cível n.º 0079253-40.2012.815.2001 — 1ª Vara da Fazenda Pública da Capital

Relator : Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides

Apelante : Ana Cristina Vieira Correia Martins

Advogado : Henrique Gadelha Chaves (OAB/PB nº 11.524)

Apelado : Estado da Paraíba, representado por seu Procurador, Felipe de Brito Lira Souto

PRELIMINAR — CERCEAMENTO DE DEFESA — INOCORRÊNCIA — REJEIÇÃO.

— “...preliminar de cerceamento de defesa. A produção de provas destina-se ao magistrado que preside o andamento processual, não sendo obrigado a prolongar a instrução por conveniência das partes, quando as provas apresentadas são suficientes para a decisão da causa (artigos 130 e 131, do cpc)” (*TJPE; APL 0011335-14.2013.8.17.0001; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Evandro Sérgio Netto de Magalhães Melo; Julg. 17/12/2015; DJEPE 20/01/2016*)

APELAÇÃO CÍVEL — OBRIGAÇÃO DE FAZER — CONCURSO PÚBLICO — CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS NO EDITAL — INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO — MANUTENÇÃO DA SENTENÇA — DESPROVIMENTO.

— “O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, firmou tese no sentido de que a discricionariedade da Administração Pública em nomear candidato aprovado fora do número das vagas oferecidas em edital de concurso público será mitigada se, surgindo novas vagas, ocorrer a preterição de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração, assim como nos casos em que esta manifesta inequivocamente a existência de vagas e a necessidade de seu preenchimento. 2. [...] a jurisprudência desta Corte Superior de que a paralela contratação de Servidores Temporários, ou ainda, como no caso, o emprego de Servidores Comissionados, Terceirizados ou Estagiários, só por si, não caracterizam preterição na convocação e nomeação dos impetrantes ou autorizam a conclusão de que tenham automaticamente surgido vagas correlatas no quadro efetivo, a ensejar o chamamento de candidatos aprovados em cadastro de reserva ou fora do número de vagas previstas no edital condutor do certame

(RMS 52.667/MS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 9.10.2017). [...]” (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00009399020158150541, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA , j. em 03-04-2018)

Vistos, etc.

Trata-se de **Apelação Cível** interposta por **Ana Cristina Vieira Correia Martins** contra a sentença de fls. 249/250, proferida pelo nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada em face do **Estado da Paraíba**, que julgou improcedente o pedido inicial.

Em suas razões recursais (fls. 258/275), a apelante levantou a preliminar de cerceamento de defesa. No mérito, alega que possui direito subjetivo à nomeação.

Contrarrazões às fls. 280/283.

Instada a se pronunciar, a Douta Procuradoria de Justiça, em parecer de fls. 308/314, opinou pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo provimento do recurso, a fim de que seja determinada a nomeação da autora para o argo de Assistente Social da FUNDAC – Fundação de Desenvolvimento da Criança e do Adolescente.

É o Relatório. Decido.

PRELIMINAR

A apelante levantou a preliminar de cerceamento de defesa, sob o argumento de que a demanda comportaria a produção de outras provas, o que incorreu na espécie.

Não merece guarida a alegação.

O caso em tela comporta o julgamento antecipado da lide, pois o mérito se trata de questão meramente de direito, e não reclamam os fatos de provas a serem produzidas em audiência. Quando se encontram presentes os requisitos necessários para se julgar antecipadamente a lide, deverá o Juiz fazê-lo.

Ademais, em nome do Princípio do Livre Convencimento do Juiz, consagrado no Direito pátrio, há atribuição ao magistrado de pleno poder na avaliação das provas, devendo buscar nelas os subsídios, bases e fundamentos de sua decisão.

Nesse sentido:

“...preliminar de cerceamento de defesa. A produção de provas destina-se ao magistrado que preside o andamento processual, não

sendo obrigado a prolongar a instrução por conveniência das partes, quando as provas apresentadas são suficientes para a decisão da causa (artigos 130 e 131, do CPC)” (TJPE; APL 0011335-14.2013.8.17.0001; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Evandro Sérgio Netto de Magalhães Melo; Julg. 17/12/2015; DJEPE 20/01/2016)

Portanto, **rejeito a preliminar.**

MÉRITO

A apelante afirmou ter prestado concurso, no ano de 2007, para o cargo de assistente social da FUNDAC - Fundação de Desenvolvimento da Criança e do Adolescente, nos termos do edital 01/2007/SEAD/FUNDAC, concorrendo a uma das seis vagas destinadas à cidade de João Pessoa.

Destacou ter sido aprovada na 13ª (décima terceira) colocação, de modo que o certame foi homologado em 26/06/2008, com prazo de validade de dois anos, prorrogado por igual período através de portaria publicada em 08/05/2010.

Alegou que, durante o prazo de validade, houve exonerações, aposentadorias, contratação de servidores de forma precária para desempenho da atividade, além da criação de cargos através da lei n 8.322/2007. Nesses termos, faz jus à nomeação.

O magistrado *a quo*, a seu turno, julgou improcedente o pedido inicial

Pois bem. A partir de uma análise do edital, verifica-se a previsão de 06 (seis) vagas para o cargo de assistente social em João Pessoa (fls. 67). O documento de fls. 93, por sua vez, demonstra que a apelante obteve a décima terceira colocação, ou seja, foi aprovada fora do número de vagas ofertadas.

Há, ainda, ofício da Secretaria de Administração (fls. 302/303) informando que:

“1. O concurso para provimento do cargo de Assistente Social, região João Pessoa, regido pelo Edital 01/2008/SEAD/FUNDAC, previa 06 vagas para ampla concorrência e 01 vaga para Pessoa com Deficiência (PCD). Segundo a Portaria 192/2008/SEAD/FUNDAC, que homologa o resultado final do referido concurso, 22 candidatos foram aprovados, não havendo proponente devidamente qualificado para a vaga de PCD. **Dos aprovados foram nomeados os concorrentes até a 9ª colocação. Desses nomeados, até o período da vigência do certame 26/06/2012, um não tomou posse** (a Srª Thayse Carla Gomes Barbosa, 1ª colocada) **e dois pediram exoneração de cargo** (a Srª Pricila Brito Capistrano, 5ª colocada e a Srª Jainane Rodrigues de Moraes, 9ª colocada).

2. Quanto aos demais proponentes qualificados entre a 10ª e 12ª colocação, antecedentes da autora no processo em questão, não chegou ao conhecimento ou não se encontra tramitando nesta Diretoria, decisão judicial promovendo a nomeação dos referidos concorrentes.”

O STF, julgando o RE nº 837311 (tema 784), no qual foi reconhecida a repercussão geral em relação à nomeação de candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, proferiu o entendimento de que o candidato aprovado em concurso público possui direito subjetivo à nomeação apenas quando aprovado dentro do número de vagas ofertadas, se houver preterição na nomeação e 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.

Nesse sentido, cite-se o julgado:

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 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. Conseqüentemente, 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)

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que a contratação de servidores temporários, comissionados, terceirizados ou estagiários, por si só, não comprova o surgimento de vagas correlatas no quadro efetivo, a ensejar o chamamento de candidatos aprovados em cadastro de reserva ou fora do número de vagas previstas no edital do concurso.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO 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 Especial contra decisão que julgou recurso interposto contra Mandado de Segurança impetrado pela ora recorrida contra o Governador do Estado de Mato Grosso, visando obter nomeação e posse no cargo de Agente Fiscal de Defesa Agropecuário e Florestal I. No caso, a parte recorrida participou de concurso público, tendo sido aprovada na 4ª (quarta) colocação para o referido cargo, no município de Aripuanã-MT, sendo que o certame oferecia apenas 01 (uma) vaga. 2. 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). 3. No que tange à contratação precária, "o Supremo Tribunal Federal (ADI 3.721/CE, TRIBUNAL PLENO, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe de 12/08/2016) 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). 4. Recurso Especial provido. (REsp 1683448/MT, Rel. Ministro HERMAN

BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 19/12/2017)

Sobre o tema, decidiu o TJPB:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE NUTRICIONISTA DO MUNICÍPIO DE POCINHOS. IMPETRANTE CLASSIFICADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE PESSOAL. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CARGOS VAGOS CRIADOS POR LEI. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. REFORMA DA SENTENÇA. PROVIMENTO DO RECURSO E DA REMESSA NECESSÁRIA. 1. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, firmou tese no sentido de que a discricionariedade da Administração Pública em nomear candidato aprovado fora do número das vagas oferecidas em edital de concurso público será mitigada se, surgindo novas vagas, ocorrer a preterição de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração, assim como nos casos em que esta manifesta inequivocamente a existência de vagas e a necessidade de seu preenchimento. 2. **"[...] a jurisprudência desta Corte Superior de que a paralela contratação de Servidores Temporários, ou ainda, como no caso, o emprego de Servidores Comissionados, Terceirizados ou Estagiários, só por si, não caracterizam preterição na convocação e nomeação dos impetrantes ou autorizam a conclusão de que tenham automaticamente surgido vagas correlatas no quadro efetivo, a ensejar o chamamento de candidatos aprovados em cadastro de reserva ou fora do número de vagas previstas no edital condutor do certame** (RMS 52.667/MS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 9.10.2017). [...]." (EDcl no AgInt no RMS 42.491/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 05/12/2017) (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00009399020158150541, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA, j. em 03-04-2018)

De igual forma, o surgimento de aposentadorias no prazo de validade do certame não enseja o dever de nomeação da Administração.

Nesse norte:

CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. NOMEAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO. **O surgimento de vaga decorrente de aposentadoria de servidor, por si só, não confere direito subjetivo à nomeação ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital.** (Processo nº 20140111352314 (1067193), 4ª Turma Cível do TJDF, Rel. Fernando Habibe. j. 13.12.2017, DJe 18.12.2017).

No caso, o número de desistências e exonerações dos candidatos aprovados e nomeados não alcança a colocação da apelante, logo, há de ser mantida a sentença de improcedência.

Vale lembrar que, como bem pontuou o juízo a quo (fls. 250-v), “...o edital foi incisivo ao asseverar no item 1.6 que ‘serão oferecidas 138 vagas para cargos públicos distribuídas da seguinte forma: 27 vagas para nível superior, 48 vagas para nível médio e 63 vagas para nível fundamental’, não dispondo quanto ao preenchimento de possíveis vagas durante o prazo de validade do certame, motivo pelo qual não há que se falar em direito subjetivo à nomeação, pois em tais casos, subsiste discricionariedade da administração pública para efetivar a nomeação...”

Por tais razões, rejeito a preliminar e **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, mantendo a sentença em todos os seus termos.

Publique-se. Intime-se.

João Pessoa, 21 de junho de 2018.

Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides
Relator