



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador
Marcos Cavalcanti de Albuquerque

Acórdão

Apelação Cível – nº. 0004440-83.2014.815.0251

Relator: Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque.

Apelante: Marciano da Silva Pereira – Adv.: Estevam Martins da Costa Neto (OAB/PB nº 13.461).

Apelado: Município de São José de Espinharas, rep. por seu Procurador Héber Tiburtino Leite.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE MOTORISTA. **PRELIMINAR.** NULIDADE DE SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. OITIVA DE TESTEMUNHAS. PROVA DESNECESSÁRIA PARA A ELUCIDAÇÃO DA LIDE. CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A FORMAR O CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO SINGULAR, DESTINATÁRIO DAS PROVAS. **MÉRITO.** CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. PRETERIÇÃO NÃO CARACTERIZADA. PRECEDENTES. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PROVAS DA EXISTÊNCIA DE CARGOS EFETIVOS VAGOS, DA INEQUÍVOCA NECESSIDADE DE PROVIMENTO PELA ADMINISTRAÇÃO, E DA PRETERIÇÃO DO CANDIDATO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. **DESPROVIMENTO DO APELO.**

- Se o juiz considera suficientes as provas produzidas e decide de modo consistente, não resta caracterizado o cerceamento de defesa pela simples negativa de oitiva de testemunha.

- Conforme precedente do Superior Tribunal Federal afetado à repercussão geral - RE 837311- para a configuração do direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado fora do número de vagas previsto no edital do concurso é excepcional, sendo imprescindível a prova da existência de cargos efetivos vagos, em quantidade suficiente para atingir a posição do candidato, além da demonstração da inequívoca necessidade de nomeação pela Administração, com preterição injustificada de nomeação do candidato.
- A contratação de funcionários a título precário, sem a demonstração da origem da vacância da vaga a ser preenchida pela designação, não confere, por si só, direito à nomeação, já que o exercício de função pública não se dá necessariamente com a ocupação de um cargo efetivo vago.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos acima identificados.

Acordam os desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em rejeitar a preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, por igual votação, negar provimento ao apelo.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por **Marciano da Silva Pereira** hostilizando a sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara da Comarca de Patos/PB, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer por ele ajuizada contra o **Município de São José de Espinharas/PB**.

Na sentença (fls. 334/336), a Magistrada singular julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que não foi comprovado o surgimento de novas vagas, no decorrer do certame, aptas a subsidiar o direito a nomeação, uma vez que o promovente foi classificado fora do número de vagas. Por consequência, condenou a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 800,00 (oitocentos

reais), suspendendo a sua exigibilidade na forma do art. 98, §3º do CPC.

Dessa decisão foram opostos Embargos de Declaração (fls. 338/340), os quais foram rejeitados (fls. 341/341-v).

Inconformado, Marciano da Silva Pereira interpôs Recurso de Apelação e, em suas razões (fls. 344/347), sustenta, em linhas gerais, que houve negativa de prestação jurisdicional sob o argumento de que a oitiva das testemunhas era medida indispensável para comprovar a sua preterição no concurso público. Afirma, que houve cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide. Ao final, requereu o provimento do recurso para a anulação da sentença e o retorno dos autos à primeira instância para a produção de provas.

Devidamente intimado, o apelado apresentou contrarrazões rebatendo as argumentações expendidas nas razões de apelação e requerendo o desprovimento do recurso. (fls.348/351).

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça emitiu parecer opinando pelo desprovimento do recurso. (fls. 358/363).

É o relatório.

V O T O

Ao compulsar os autos, verificado a presença dos pressupostos exigidos para a admissibilidade recursal, conheço do apelo.

PRELIMINAR - CERCEAMENTO DE DEFESA

O recorrente diz-se cerceado em sua defesa por ter a magistrada sentenciado o feito sem atender seu pedido de produção de prova testemunhal. Alega, que a dilação probatória, com a oitiva das testemunhas, é imprescindível para demonstrar, de fato, que o Município apelado contratou empregados temporários para o exercício das funções de motorista, cargo para o qual prestou concurso.

Todavia, razão não lhe assiste, porquanto a prova pretendida seria inócua perante seu objetivo.

Para a configuração do direito à nomeação do candidato aprovado fora do número de vagas é imprescindível a prova cabal da existência de cargos efetivos vagos, em quantidade suficiente para atingir a posição do candidato, além da demonstração da inequívoca necessidade de nomeação pela Administração, com preterição injustificada de nomeação do candidato.

Com efeito, a contratação precária não demonstra a origem da vacância do cargo relativo ao edital de convocação para designação, que pode, por exemplo, ser originada de simples afastamentos legais temporários de servidor efetivo, que o ocupava, ou nomeação a título precário, para o exercício de função, dentro das hipóteses constitucionalmente previstas para contratação temporária¹.

Ademais, o juiz poderá indeferir, desde que em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias, que não sejam necessárias ao julgamento do mérito da causa, com fulcro no parágrafo único do art. 370 do CPC.

Assim sendo, não havendo necessidade de produção de outras provas e tendo o julgador encontrado motivação satisfatória para dirimir o litígio, perfeitamente cabível o julgamento antecipado do mérito da causa, consoante autoriza o inciso I do art. 355 do CPC.

¹ MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - APROVAÇÃO DO CANDIDATO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO PELO EDITAL - PEDIDO DE NOMEAÇÃO - EXCEPCIONALIDADE - JURISPRUDÊNCIA VINCULATIVA DO COL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - AUSÊNCIA DE PROVAS DA EXISTÊNCIA DE CARGOS EFETIVOS VAGOS, DA INEQUÍVOCA NECESSIDADE DE PROVIMENTO PELA ADMINISTRAÇÃO, E DA PRETERIÇÃO DO CANDIDATO - INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA - VOTO VENCIDO. 1 - Conforme precedente do col. Superior Tribunal Federal afetado à repercussão geral - RE 837311- para a configuração do direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado fora do número de vagas previsto no edital do concurso é excepcional, sendo imprescindível a prova da existência de cargos efetivos vagos, em quantidade suficiente para atingir a posição do candidato, além da demonstração da inequívoca necessidade de nomeação pela Administração, com preterição injustificada de nomeação do candidato. 2 - **A contratação de funcionários a título precário, sem a demonstração da origem da vacância da vaga a ser preenchida pela designação, não confere, por si só, direito à nomeação, já que o exercício de função pública não se dá necessariamente com a ocupação de um cargo efetivo vago.** 3 - Denegar a segurança. V.V.: Provada a ocorrência de designações para cargos vagos, sem observância da vedação contida no inciso II, do artigo 10 da Lei Estadual nº 10.254/1990 ("desde que não haja candidato aprovado em concurso público para a classe correspondente"), exsurge para o candidato aprovado o direito à nomeação quando demonstrada a existência de vagas suficientes ao atingimento de sua classificação. (TJ-MG - MS: 10000160863981000 MG, Relator: Sandra Fonseca, Data de Julgamento: 14/06/2017, Órgão Especial / ÓRGÃO ESPECIAL, Data de Publicação: 29/06/2017)

Desse modo, não se vislumbra a ocorrência de nulidade processual ante o indeferimento da produção de prova desnecessária para a elucidação da lide.

Ante o exposto, **rejeito a preliminar de cerceamento de defesa.**

Passo a análise do mérito.

DO MÉRITO

Cinge-se a controvérsia recursal em averiguar a ocorrência, ou não, de preterição em concurso público, e sobre a existência de direito subjetivo à nomeação.

Extrai-se do caderno processual que o apelante prestou concurso público para o cargo de Motorista, regido pelo Edital nº 001/2012, restando classificado na 12ª colocação, para o qual o edital previu inicialmente 04 (quatro) vagas.

Sustenta o recorrente que foi preterido no certame, porquanto o Município apelado, ao invés de prover novas vagas, realizou a contratação de servidores temporários para exercerem as mesmas funções do cargo que ao qual concorreu e se classificou.

No entanto, tal tese não merecer prosperar.

No que concerne ao tema, os Tribunais Superiores já firmaram entendimento de que os candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital ou em concurso para cadastro de reserva, em razão de possuir mera expectativa de direito à nomeação, deve demonstrar a existência de cargo efetivo vago em quantidade suficiente para alcançar a sua classificação no certame e que houve a preterição arbitrária e imotivada da administração em igual número.

Com efeito, a matéria tem suas balizas no Recurso Extraordinário, com repercussão geral, sendo que a nomeação somente se justifica nas hipóteses em que há preterição, cabalmente demonstrada, de candidatos aprovados, sem motivação ou justificativa, violando, assim, a boa-

fé do candidato, conforme consta expressamente do aresto do col. Supremo Tribunal Federal. Vejamos:

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 inoccorrência 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.(RE 837.311/PI, Rel. Ministro LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, Repercussão Geral - DJe de 18/04/2016).

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DAS VAGAS. EXISTÊNCIA DE CARGOS VAGOS OU PREENCHIMENTO DAS VAGAS VIA CONTRATAÇÕES IRREGULARES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ART. 543-B, §3º. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. NOMEAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. I. Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II. É orientação deste Superior Tribunal de Justiça segundo a qual o candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, em razão de possuir mera expectativa de direito à nomeação, deve demonstrar a existência de cargo efetivo vago em quantidade suficiente para alcançar a sua classificação no certame e que houve contratações irregulares em igual número, para exercer a

mesma função para a qual concorreu, de modo a possibilitar a análise da alegada preterição, haja vista a vedação de dilação probatória na via mandamental. III. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 837.311/PI, submetido ao regime de repercussão geral, nos termos do art. 543-B, do Código de Processo Civil de 1973, firmou 2016. Entendimento segundo o qual 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. IV. As Agravantes não apresentam, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. V. Agravo Interno improvido. (STJ; AgInt-RMS 49.501; Proc. 2015/0253698-0; MA; Primeira Turma; Rel^a Min^a Regina Helena Costa; DJE 29/11/2016)

O entendimento esposado por este Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, não discrepa quanto à aplicação do posicionamento consolidado nos Tribunais Superiores:

APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. MUNICÍPIO DE PATOS. CARGO DE TÉCNICO DE ENFERMAGEM. IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DO AUTOR. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DAS VAGAS DO EDITAL. 72ª COLOCAÇÃO. AFIRMAÇÃO DE CHAMAMENTO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DA POSIÇÃO ATINGIDA MEDIANTE AÇÕES JUDICIAIS. ALEGAÇÃO DE CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE

SERVIDOR. CONJUNTURA QUE NÃO COMPROVA A EXISTÊNCIA DE CARGOS VAGOS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. INEXISTÊNCIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO. - Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o candidato aprovado fora das vagas previstas no edital do concurso "deixa de ter mera expectativa de direito para adquirir direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi habilitado, caso se comprove: a) quebra da ordem classificatória, b) contratação temporária para preenchimento de vagas existentes ou c) surgimento de novas vagas, seja por criação de Lei ou por força de vacância durante o prazo de validade do certame." (STJ; AgRg-RMS 43.089; Proc. 2013/0195661-1; SP; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; DJE 23/05/2014). - Não existindo nos autos, comprovação de cargos públicos vagos, deve ser mantida a sentença que não acolheu a nomeação perseguida, porquanto não demonstrado o alegado direito subjetivo. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00035825220148150251, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. FREDERICO MARTINHO DA NÓBREGA COUTINHO , j. em 18-04-2017)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. INEXISTÊNCIA DE PROVAS DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS. DESVIO DE FUNÇÃO NÃO COMPROVADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO. - Em se tratando de candidato aprovado fora das vagas previstas no edital, é necessário verificar, em primeiro plano, se houve o surgimento de novas vagas, pois a nomeação somente pode ocorrer para o preenchimento de cargo disponível que, por arbitrariedade da

Administração Pública, não foi preenchido. Não sendo esta a hipótese dos autos, não há que falar em obrigação do ente público de nomeação de candidato aprovado fora do número de vagas. VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS estes autos acima identificados. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00036901220148150371, 3ª Câmara Especializada Cível, Relator DES. SAULO HENRIQUES DE SÁ BENEVIDES , j. em 25-04-2017)

Nessa esteira, o candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previstas no edital, ao pretender sua nomeação fundada em contratações precárias, deve demonstrar de plano a existência de cargo efetivo vago em quantidade suficiente para alcançar sua classificação.

Outrossim, a simples contratação de servidores a título precário, como no caso, não caracteriza preterição na convocação e nomeação dos candidatos 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.

Diante de todo o exposto, em harmonia com o parecer do Ministério Público, **REJEITO a preliminar de cerceamento de defesa** e, no mérito, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO**, mantendo a sentença vergastada em todos os seus termos.

Em observância ao art. 85, § 11, do CPC/2015, majoro os honorários fixados na sentença para R\$ 1.000,00 (mil reais), ficando a sua exigibilidade suspensa em virtude de ser a parte beneficiária da gratuidade da justiça, nos termos do art. 98, §3º, do CPC.

É como voto.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Senhor Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque. Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Marcos Cavalcanti de Albuquerque – Relator, Maria das Graças Morais Guedes e Saulo Henriques de Sá e

Benevides.

Presente ao julgamento o Excelentíssimo Senhor Doutor Rodrigo Marques da Nóbrega, Promotor de Justiça convocado.

Sala de sessões da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 21 de agosto de 2018.

Desembargador **Marcos Cavalcanti de Albuquerque**
R e l a t o r