



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça da Paraíba
Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque

Processo nº: 0801344-16.2018.8.15.0371

Classe: APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728)

Assuntos: [Classificação e/ou Preterição]

APELANTE: MUNICIPIO DE SOUSA

APELADO: FRANCISCA PESSOA DE ABREU

REMETENTE: JUÍZO DE DIREITO DA 5ª VARA MISTA DA COMARCA DE SOUSA-PB

ACÓRDÃO

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE ENFERMEIRO DO MUNICÍPIO DE SOUSA. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O CERTAME. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA. COMPROVAÇÃO. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DO MUNICÍPIO NO PREENCHIMENTO DAS VAGAS. IMPEDIMENTO RESTRIÇÃO ORÇAMENTÁRIA OU OBSTÁCULO FINANCEIRO NÃO DEMONSTRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. COMPROVAÇÃO DE PRETERIÇÃO. DESPROVIMENTO DA REMESSA OFICIAL E DO APELO.

- Os candidatos aprovados em concurso público fora do número de vagas tem direito à nomeação caso surjam novas vagas durante o prazo de validade do certame, desde que haja manifestação inequívoca da administração sobre a necessidade de seu provimento e não tenha restrição orçamentária, ou qualquer obstáculo financeiro.

- A apelada comprovou nos autos a existência de cargos efetivos vagos surgidos durante o prazo de validade do concurso, em razão de sua vacância, por exonerações ou qualquer outro motivo, que alcançaram a sua colocação, bem como a contratação de servidores de forma precária, pela edildade



apelante, para o mesmo cargo de enfermeiro, o que torna incontestável e inequívoca a necessidade do município no preenchimento de novas vagas.

- O município não demonstrou a existência de provas de restrição orçamentária ou de qualquer outro obstáculo de ordem financeira, do que se conclui que inexistem qualquer impedimento para o atendimento ao pleito de estrito interesse público na nomeação da apelada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos acima identificados.

Acordam os desembargadores da Terceira Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao Apelo e ao Reexame Necessário.

RELATÓRIO

Trata-se de **Remessa Oficial e Apelação Cível** interposta pelo **Município de Sousa** hostilizando sentença proferida pelo Juízo de Direito da 5ª Vara Mista de Sousa-PB que, nos autos da Ação Ordinária de Obrigação de Fazer ajuizada por **Francisca Pessoa de Abreu**, julgou procedente o pedido autoral.

O magistrado sentenciante condenou o município nos seguintes termos (ID 6536564):

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** para obrigar o **MUNICÍPIO DE SOUSA** a nomear **FRANCISCA PESSOA DE ABREU** para o cargo de professor de técnico de enfermagem socorrista SAMU, nos termos do edital nº 001/2014 e, uma vez preenchidos os requisitos legais para o exercício do cargo, a proceder com a respectiva posse. Com isso, resolvo o mérito do processo na forma do art. 487, I do Código de Processo Civil.

Condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa. Não há condenação em custas, em razão da isenção legal que beneficia a parte sucumbente.

Insatisfeita, a edilidade interpôs Apelação Cível (ID 6536566) alegando que a autora só possuiria direito líquido e certo à nomeação caso estivesse aprovada dentro vagas ofertadas no Edital nº. 001/2014, e que não houve preterição na nomeação, por não ter surgido novas vagas, nem ter sido aberto um novo concurso dentro da validade daquele certame, e que nenhuma das contratações precárias existentes durante a vigência do concurso se deram para o preenchimento da vaga efetiva a qual concorria a Apelada, qual seja a de Técnico em Enfermagem Socorrista do SAMU.

Pugna, por fim, pelo provimento do recurso, reformando-se a sentença combatida.

Contrarrazões da promovente no ID 6536569.

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso, reformando-se a sentença vergastada (ID 6828016).

É o relatório.

VOTO



Ao compulsar os autos, verificada a presença dos pressupostos exigidos para a admissibilidade recursal, conheço do presente recurso apelatório, o qual analisarei conjuntamente com a Remessa Oficial.

No que concerne ao tema, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE nº. 837.311/PI, julgado sob a sistemática da repercussão geral, decidiu que o direito subjetivo do candidato aprovado em concurso público deve ser assegurado: (i) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas inserido no edital; (ii) quando houver preterição na nomeação em virtude da inobservância da ordem de classificação; (iii) quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do anterior, e suceder a preterição arbitrária e imotivada de candidatos pela Administração. Veja-se:

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. 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 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)



Recentemente, no julgamento do Mandado de Segurança nº. 22.813-DF, relatado pelo Ministro Og Fernandes, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que os candidatos aprovados em concurso público fora do número de vagas tem direito à nomeação caso surjam novas vagas durante o prazo de validade do certame, desde que haja manifestação inequívoca da administração sobre a necessidade de seu provimento e não tenha restrição orçamentária, ou qualquer obstáculo financeiro.

Convém transcrever trecho do Informativo nº. 0630/STJ, publicado em 31 de agosto de 2018:

“Inicialmente, é preciso destacar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 837.311/PI, Rel. Min. Luiz Fux, sob a sistemática da repercussão geral, reconheceu que da aprovação em concurso público decorrerá direito subjetivo à nomeação, se estiver demonstrada alguma das seguintes situações: a) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas inserido no edital (RE 598.099); b) quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); e c) 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. Ocorre que o julgado consignou, ao final, outra premissa de direito: se surgirem novas vagas e houver manifestação inequívoca da administração sobre a necessidade de seu provimento e inexistir prova de restrição orçamentária ou de qualquer outro obstáculo de ordem financeira, a ser provado pelo poder público, para tal nomeação. A referida premissa, embora tratada como excepcionalidade do caso, aplica-se na situação em exame. Em primeiro lugar, porque o Banco Central do Brasil, autarquia a quem interessava o provimento dos cargos, dentro do período de validade do certame, enviou pedido escrito ao Ministério do Planejamento, no qual informava a existência das vagas e da "extrema relevância" quanto à nomeação adicional. Em segundo lugar, porque a própria área técnica interna do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, após ressaltar a viabilidade orçamentária do pleito da Presidência do Banco Central do Brasil, fez acostar a própria minuta autorizativa de nomeação, a qual nunca foi implementada. Assim, restou reconhecida a ilegalidade da omissão e o direito à nomeação dos candidatos aprovados ao cargo público.”

Nessa esteira, o candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previstas no edital, ao pretender sua nomeação, deve demonstrar de plano a existência de cargo efetivo vago em quantidade suficiente para alcançar sua classificação e a manifestação inequívoca da administração sobre a necessidade de seu provimento.

No caso em discepção, com a cautelosa acuidade do magistrado sentenciante, a apelada comprovou nos autos ter sido **aprovada fora do número de vagas**, uma vez que o edital do concurso contemplou 06 (seis) vagas para o cargo pretendido (Técnico em Enfermagem Socorrista do SAMU), obtendo a 32ª posição da lista de aprovados (ID Num. 6536232 - Pág. 60).

Ademais, comprovou que mesmo tendo sido convocados os 14 primeiros colocados da lista de aprovados no ref. concurso, persistiu o preenchimento de vagas contratações temporárias em quantidade suficiente para configurar sua preterição, em razão dos prazos ultrapassarem os limites legais para a manutenção daquelas contratações precárias, conforme documento de id. 20783423, no qual se demonstra que 22 (vinte e dois) técnicos de enfermagem encontram-se contratados temporariamente pelo Município de Sousa desde o ano de 2017.



Outrossim, restou comprovada a contratação de servidores de forma precária, pela edilidade apelante, para o mesmo cargo de enfermeiro, o que torna incontestável e inequívoca a necessidade do município no preenchimento de novas vagas.

Noutro viés, o município apelante não demonstrou a existência de provas de restrição orçamentária ou de qualquer outro obstáculo de ordem financeira, do que se conclui que inexistente qualquer impedimento para o atendimento ao pleito de estrito interesse público na nomeação da apelada.

Nesse sentido, é o entendimento dos nossos Tribunais Pátrios, veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL – CONCURSO PÚBLICO –

Agente de Organização Escolar – Pretensão à nomeação e posse – Possibilidade – Aprovação de candidata fora do número de vagas do edital – Contratação temporária, na vigência do concurso em andamento, para o mesmo cargo em razão de déficit verificado em Unidade Educacional – Expectativa de direito que se convola em direito líquido e certo – Entendimento firmado pelo E. Supremo Tribunal Federal – Recurso provido. (TJSP; Apelação 1002640-22.2017.8.26.0047; Relator (a): Osvaldo de Oliveira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Assis - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/11/2018; Data de Registro: 12/11/2018).

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS DO EDITAL. CADASTRO DE RESERVA. EXISTÊNCIA DE VAGAS. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA. PRETERIÇÃO. DIREITO DE SER NOMEADO. I - Os candidatos aprovados fora do limite de vagas estabelecidas no edital de abertura do certame têm apenas expectativa de direito à nomeação. II - A expectativa de nomeação se convola em direito subjetivo quando comprovado que, dentro do prazo de validade do certame, há abertura de novo concurso ou contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função, hipótese verificada no caso em apreço. III - Considerando que no período de validade do certame surgiram novas vagas, alcançando a colocação do autor, bem como comprovada a necessidade de seu provimento, passou o autor a ter direito subjetivo de ser nomeado. IV - Negou-se provimento ao recurso. (Acórdão n.958629, 20140111143728APO, Relator: JOSÉ DIVINO, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 27/07/2016, Publicado no DJE: 08/08/2016. Pág.: 305/327)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO à Remessa Oficial e à Apelação Cível**, mantendo a decisão vergastada incólume.

Majoro os honorários advocatícios para 20% sobre o valor da condenação.

É como voto.

Presidiu o julgamento com voto, a Exma. Des. Maria das Graças Morais Guedes (Presidente). Participaram do julgamento, ainda, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque – Relator e o Excelentíssimo Senhor Desembargador Saulo Henriques de Sá e Benevides.

Presente, ainda, ao julgamento o Excelentíssimo Senhor Doutor Marcus Vilar Souto Maior, Procurador de Justiça.



Sala de sessões da Terceira Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 22 de outubro de 2020.

Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque

RELATOR

JI

