



2ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO – APELAÇÃO Nº 0003606-07.2002.8.14.0000
RELATORA: DESEMBARGADORA LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO
APELANTE: ANTONIO JORGE BORGES PORTO e OUTROS
ADVOGADOS: OSWALDO POJUCAN TAVARES JUNIOR (OAB/PA 1.392) e
OUTROS; CLÁUDIO RICARDO ALVES DE ARAÚJO (OAB/PA 16.624)
APELADO: ESTADO DO PARÁ
PROCURADOR DO ESTADO: ELOY NASSAR DE ALENCAR
PROCURADORA DE JUSTIÇA: ESTER DE MORAES NEVES DE OUTEIRO

EMENTA

DIREITO PÚBLICO. DEVOLUÇÃO AO ÓRGÃO JULGADOR PARA APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. APELAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO C-50. FISCAL DE TRIBUTOS. APROVAÇÃO ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS. TEMAS 339 E 784 DO STF. DIREITO À NOMEAÇÃO. INEXISTÊNCIA. RECURSO AUTORAL CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. No RE nº 926.017/PA o STF determinou que esta Corte Estadual observasse as decisões paradigmáticas: AI 791.292 (Tema 339) e o RE 837.311 (Tema 784), não fazendo qualquer indicação expressa sobre qual ou quais pontos os arestos anteriores estariam eventualmente dissonantes, tampouco foram apontados dispositivos constitucionais em tese violados, muito menos houve qualquer determinação sobre qual sentido este Tribunal deverá decidir o pleito autoral.
2. Os autores ingressaram em juízo alegando terem participado do Concurso C-50, no qual lograram aprovação relativa ao cargo de Fiscal de Tributos Estaduais (GEP-TAF-501), sobre o qual asseveraram existir necessidade de nomeações, além das vagas regularmente preenchidas pela administração, motivo pelo qual pleitearam a procedência do pedido inicial, para determinar ao Estado do Pará os nomeie no aludido cargo público.
3. O edital do concurso (C-50) revela uma oferta de 73 (setenta e três) vagas, consoante item 2.2. Assim como indica que a vigência do certame era de 02 (dois) anos, a contar da data de homologação final (item 10.8).
4. Importa frisar que, na presente hipótese, foram efetivadas 300 (trezentas) nomeações.
5. A publicação do edital de concurso público contendo determinado número de vagas faz exsurgir para Administração o dever de nomeação relativo a este número. Por outro vértice, o candidato aprovado dentro do número de vagas ofertadas titulariza verdadeiro direito subjetivo à nomeação. Há, portanto, uma vinculação recíproca. Neste sentido já decidiu o Plenário do STF: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes (Tema 161).
6. No caso em apreço, as provas constantes dos autos revelam de forma incontestada que a Administração realizou nomeações muito além do quantitativo de vagas inicialmente ofertadas pelo edital convocatório do concurso em referência. Outrossim, é possível observar, de forma clara, que o novo certame (C-71) somente foi deflagrado após o término da validade do anterior (C-50). Além disso, a classificação dos autores no primeiro concurso é muito acima do número de vagas previstas no edital do segundo, onde ofertadas apenas 15 (quinze) vagas para auditoria fiscal.



7. Impossível confundir a simples vacância de cargo público, o que não enseja direito à nomeação pelos candidatos inicialmente aprovados além do número de vagas ofertadas, com a vacância acompanhada do manifesto comportamento da Administração a externar necessidade de prover cargos durante a validade do concurso, é esta soma de fatos, cujo ônus probatório pertence ao candidato, que quando devidamente comprovada obrigatoriamente implicará no dever de nomeação daqueles eventualmente inseridos em cadastro de reserva.

8. Os candidatos aprovados além do número de vagas ofertadas, ou seja, dentro do chamado cadastro de reserva, a princípio, possuem mera expectativa quanto à nomeação. É cediço, sobretudo após o julgamento do RE 837.311/PI – RG, Relator Ministro Luiz Fux (Tema 784), que apenas excepcionalmente, essa expectativa se convolará em direito subjetivo, não se vislumbrando, in casu, transmutação dessa expectativa.

9. Recurso autoral conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da 2ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, por unanimidade de votos, conhecer e negar provimento ao recurso de apelação interposto pelos autores, nos termos do voto da eminente Relatora.

Turma Julgadora composta pelos Desembargadores José Maria Teixeira do Rosário – Presidente e Luiz Gonzaga da Costa Neto.

O Ministério Público esteve representado pelo Procurador de Justiça Raimundo de Mendonça Ribeiro Alves.

Belém (PA), 27 de julho de 2020 (data do julgamento).

Desa. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO

Relatora

RELATÓRIO

Antônio Jorge Borges Porto, Hélcio Luiz Vasconcelos de Oliveira, Mário Cardoso Cavalcante, Waldinez Teixeira Leite, Normélia Moraes da Silva, Antônio Manoel da Silva Bitencourt, Josias Muniz Pereira, Mariana Rayol Pinto, Tânia do Socorro Barroso de Almeida, Denise Dacier Lobato Aymoré dos Santos, Osmar Pereira de Souza, Geraldo Henrique de Oliveira Nogueira, Silvio Gomes da Costa, Carlos Benedito de Oliveira Fróes, José Cláudio Nascimento Pinheiro, Wilson José de Oliveira, Edna Maria Silva da Silveira, Ana Cláudia Machado de Carvalho, Marco Aurélio Silva de Oliveira, Milton Monteiro Marques, Stélio Oliveira de Moraes Rego, Rômulo Celso Campinas Silva, Silvia Maria Pimenta de Souza, Wanda Maria de Lima Alencar, Jairo Rodrigues Miranda, José de Jesus Cunha Azevedo, Elma de Nazaré da Rocha Seruffo, Ana Eulália Soares Feijó, Marilene Araújo de Britto, Haroldo Oliveira Bastos, Fabian Rodrigues Leite, Jorge Santos da Costa, Américo Gomes Soares, Ângela Lins Vieira, Carlos Alberto Castelo Branco, Jorge Mauro Oliveira de Medeiros, Paulo Roberto Estumano Beltrão, Maria de Fátima Leão Gorayeb, José Vieira Barbosa, Antônio Carlos Figueiredo Faria, Maria do Socorro de Souza, Carlos Araújo Mendonça, Raimundo Dias Cardoso, Rosália Conceição Cantão dos Santos, Inês Tiyomi Endo Wesseling, Adnil



Barros Cavalcante, Cláudio Maneschky Siqueira, Marco Aurélio Barbosa de Alcântara, Helder Jansen Abreu de Jesus, Valterina Camelo Xavier, Antônio Amaury dos Santos Magalhães, Huascar João de Lemos Angelim júnior, Edilberto Veras Pimentel, Ruth Helena de Rezende Martins, Wilda Celeste Setúbal, Sônia Maria Ferreira Guimarães, José Roberto Lobo Soares, Francisca Machado Monteiro, Dayse Viana de Murgueitio e Ana Lúcia Esteves Dias, interpuseram recurso de Apelação contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública da Capital, que julgou improcedente a pretensão, no sentido de serem nomeados no cargo de Fiscal de Tributos Estaduais (GEP-TAF-501), classe inicial, relativamente ao Concurso Público C-50.

Nas razões recursais os apelantes afirmam que a Administração, de forma dolosa, deixou escoar o prazo de validade do aludido concurso público para realizar um novo certame atentando contra o art. 34, § 5º da CE.

Aduziram que houve evolução jurisprudencial passando a considerar, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto, que o ato de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público tornou-se vinculado e não mais discricionário como antes era entendido.

Destacaram que a homologação do resultado final do concurso C-50 somente se efetivou em 31/05/1995, data em que passou a fluir o prazo de validade, por conta disso e corroborado pelo o ato de prorrogação a validade se estendeu até o ano de 1999.

Asseveraram a necessidade de contratação de novos fiscais em razão de entenderem demonstrado o preenchimento das vagas por interinos e encostados, bem assim a abertura de novo certame (C-71), fatos que vincularam o apelado a lhes nomear, mormente em razão de suas aprovações no certame anterior (C-50) encontrarem-se sub judice.

Alegaram ter comprovado a existência de 93 cargos vagos de Fiscais de Tributos Estaduais assim distribuídos: 25 na classe C, 65 na classe B e 03 na classe A (inicial), ao quais não foram extintos, tampouco declarados desnecessários pela Administração, razão pela qual requereram a promoção dos fiscais da classe inicial para as classes seguintes como forma de viabilizar as nomeações ora pretendidas.

Argumentaram que o Estado do Pará, quando contestou o pedido inicial, sustentou a inexistência de cargos vagos na classe inicial. No entanto, consoante Decreto nº 5.086, publicado no Diário Oficial de 27 de dezembro de 2001, restou autorizada a promoção de fiscais da classe inicial A para as classes B e C, o que entendem confirmar a existência de cargos vagos e a necessidade de nomeação.

Conclusivamente requereram o provimento recursal, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido inicial, para reconhecer aos apelantes o direito de serem nomeados para o cargo de Fiscais de Tributos Estaduais, bem assim condenar o Estado do Pará em honorários



advocatícios fixados em 20% (vinte por cento).

Apelação recebida pelo Juízo a quo no duplo efeito (fl. 209).

Em contrarrazões o Estado do Pará aduziu que o prazo de validade do concurso C-50 expirou em 24/03/1996, e que um novo certame foi aberto em 27/12/2001, circunstância que impedia a nomeação de qualquer aprovado naquele concurso.

Defendeu que inexistente direito à nomeação de candidato aprovado em concurso, salvo se preterido na ordem de classificação. Demais disso, afirmou ser possível subsistir direito à nomeação, enquanto o concurso estiver com prazo de validade vigente.

Ao final, requereu o improvimento do apelo com a confirmação da sentença (fls. 210/2016).

Recurso inicialmente distribuído para Desa. Maria Helena Couceiro Simões (fl. 2018), redistribuído ao Des. Geraldo Lima (fl. 240).

O Parquet manifestou-se pelo desprovimento (fls. 243/251).

Em 13/07/2006 o recurso foi conhecido e improvido pela extinta 3ª Câmara Cível Isolada, Acórdão nº 63.043 (fls. 256/261).

Os autores opuseram Embargos de Declaração (fls. 263/271), os quais foram conhecidos e desprovidos nos termos do Acórdão nº 68.293 (fls. 273/277).

Os autores então opuseram novos aclaratórios (fls. 279/288).

Por determinação da Vice-Presidência autos redistribuídos ao Des. Leonam Cruz (fl. 315).

Em 04/06/2009 os novos aclaratórios foram igualmente conhecidos e desprovidos pela 3ª Câmara Cível Isolada, Acórdão nº 78.380 (fls. 324/329).

Os autores interpuseram Recurso Especial (fls. 331/359) e Recurso Extraordinário (fls. 413/496). O Estado do Pará ofertou contrarrazões (fls. 503/510 e fls. 513/520 respectivamente).

No Superior Tribunal de Justiça o REsp 1.200.022-PA não teve seguimento, decisão transitada em julgado (fls. 544/578).

Contudo, no Supremo Tribunal Federal o RE 926.017-PA foi distribuído ao Ministro Alexandre de Moraes que despachou determinando o retorno dos autos a origem para que fossem observadas as decisões: AI 791.292, (Tema 339) e RE 837.311 (Tema 784).



Após isso, os apelantes apresentaram petição, cadastrada sob o nº 2018.01442395-44, onde reiteraram as razões recursais e ao final pleitearam que esta Corte, mediante juízo de retratação, proveja o apelo interposto determinado suas nomeações relativas ao concurso no qual foram aprovados, condenando o Estado do Pará em perdas e danos e honorários advocatícios (fls. 583/600).

Coube-me o feito por redistribuição em 05/09/2018 (fl. 605).

Instado a se manifestar o Estado do Pará alegou que o retorno dos autos em nada beneficia à tese autoral, razão pela qual pugnou pela manutenção das decisões já proferidas (fls. 608/609).

Remetidos novamente os autos ao Ministério Público formalizou-se tão somente ciência acerca da decisão devolutiva do STF (fl. 611).

Os autores, em novo petítório, protocolo nº 2019.00274926-23, fizeram juntar aos autos Ofício nº 1016/2018/GS/SEFA, expedido em 21 de dezembro de 2018, no qual o Exmo. Secretário de Estado da Fazenda informou existirem 259 (duzentos e cinquenta e nove) cargos vagos de Auditor Fiscal de Receitas Estaduais, no que reiteraram pedido visando nomeação imediata e adequação do julgado à decisão do STF (fls. 612/613).

Na sequência determinei a intimação do apelado para manifestar-se sobre o documento de fl. 613, e ainda, em atenção ao alegado na petição de fl. 612, esclarecer qual a nomenclatura atual do cargo de Fiscal de Tributos Estaduais (GEP-TAF-501), objeto do Concurso C-50, bem assim informar, considerando o resultado final do referido certame, a classificação de cada um dos autores/apelantes (fl. 615).

O Estado do Pará, conforme petição nº 2019.01733220-35 (fls. 622/623), asseverou que ao longo da tramitação não houve surgimento de novas vagas, além daquelas que foram preenchidas durante o prazo de validade do certame, reiterando que só houve abertura de novo concurso público depois de expirado o anterior. Informou que a nomenclatura do cargo de Fiscal de Tributos Estaduais foi alterada pelo art. 21 da Lei nº 6.710/2005, passando a chamar-se Auditor Fiscal de Receitas Estaduais. Mencionou, ainda, que no Concurso C-50 foram ofertadas 73 (setenta e três) vagas, sendo aprovados 547 (quinhentos e quarenta e sete) candidatos, e efetivadas mais de 300 (trezentas) nomeações.

Instados ao contraditório os apelantes, em síntese, aduziram que a Fazenda Pública tenta colacionar ao caso argumentos já superados e incabíveis na atual fase processual, devendo este Corte proceder necessária adequação ao contido no Tema 784/STF (fls. 635/642).

É o relatório.

VOTO



A EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO – RELATORA:

Ao início desta análise impõe consignar que a controvérsia fora inicialmente apreciada pela extinta 3ª Câmara Cível Isolada, Acórdão nº 63.043, sob a relatoria do saudoso Des. Geraldo Lima, do qual fui Revisora, (fls. 256/261), julgado posteriormente mantido pela rejeição dos primeiros aclaratórios autorais, Acórdão nº 68.293 (fls. 273/277), novamente ratificado ante a rejeição dos segundos aclaratórios, Acórdão nº 78.380 (fls. 324/329), estes últimos sob a relatoria do Des. Leonam Cruz.

Informo que o caso retorna para julgamento em razão do seguinte despacho exarado em 17/05/2017 pelo Ministro Alexandre de Moraes no RE 926.017/PA, verbis:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no AI 791.292 (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 339) e no RE 837.311 (Rel. Min. LUIZ FUX, Tema 784), EXAMINOU A REPERCUSSÃO GERAL DAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS DEBATIDAS NESTE RECURSO. Assim, com fundamento no art. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015 e no art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno do STF, DETERMINO A DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM PARA QUE SEJAM OBSERVADAS AS DECISÕES DO SUPREMO NOS PRECEDENTES. (fl. 580, grifei).

Após isso, conforme petição nº 2018.01442395-44 (fls. 583/600), os autores pleitearam a devolução dos autos ao Colegiado para adequação do julgado à decisão proferida pelo STF, no sentido de julgar procedente a pretensão, conseguinte nomeá-los para o cargo de Fiscal de Tributos, para o qual foram aprovados em concurso público (C-50), e ainda, condenar o Estado do Pará em perdas e danos, além de honorários advocatícios apurados em fase de liquidação, tudo em juízo de retratação.

Antes de mergulhar no exame da controvérsia propriamente dita, é necessário esclarecer que o STF, no citado despacho, limitou-se a determinar que esta Corte Estadual observasse as decisões paradigmáticas: AI 791.292 (Tema 339) e o RE 837.311 (Tema 784), não fazendo qualquer indicação expressa sobre qual ou quais pontos os arestos anteriores estariam eventualmente dissonantes, tampouco foram apontados dispositivos constitucionais em tese violados.

Diante disso, salvo melhor juízo deste Colegiado, entendo que não houve qualquer determinação sobre qual sentido este Tribunal deverá decidir o pleito autoral, ou seja, se procedente ou improcedente, mas apenas que haja necessária adequação do julgado outrora realizado naquilo que contrariar à ratio decidendi dos precedentes vinculativos daquela Suprema Corte.

Dito isto avanço no exame do caso. Os autores ingressaram em juízo alegando terem participado do Concurso C-50, no qual lograram aprovação



relativa ao cargo de Fiscal de Tributos Estaduais (GEP-TAF-501), sobre o qual asseveraram existir necessidade de nomeações, além das vagas regularmente preenchidas pela administração, motivo pelo qual pleitearam a procedência do pedido inicial, para determinar ao Estado do Pará os nomeie no aludido cargo público.

O edital do Concurso Público C-50 revela uma oferta de 73 (setenta e três) vagas, consoante item 2.2 (fl. 85). Assim como indica que a vigência do certame era de 02 (dois) anos, a contar da data de homologação final, conforme item 10.8 (fl. 87).

No caso torna-se imprescindível averiguar a posição de cada um dos autores/apelantes na listagem classificatória do certame. Antes, porém, convém esclarecer que tomarei como referência a publicação disponibilizada no Diário Oficial do Estado – DOE nº 27.974, de 31 de maio de 1995, bem assim a planilha em anexo (fls. 625/628), documentos sobre os quais os autores puderam se manifestar, todavia nada alegaram no sentido de impugná-los (fls. 635/642).

Eis o que temos em ordem crescente na listagem classificatória:

Nome candidatoNº ord. Classif.Francisca Machado Monteiro 313ºCláudio Maneschy Siqueira 314ºJorge Santos da Costa 315ºEdna Maria Silva da Silveira 317ºMário Cardoso Cavalcante 319ºFabian Rodrigues Leite 323ºWilson José de Oliveira 324ºSilvia Maria Pimenta de Souza 325ºEdilberto Veras Pimentel 326ºHaroldo Oliveira Bastos 334ºStélio Oliveira de Moraes Rego 336ºSônia Maria Ferreira Guimarães 342ºDayse Viana de Murgueitio 343ºAntônio Jorge Borges Porto 344ºWanda Maria de Lima Alencar 345ºGeraldo Henrique de Oliveira Nogueira 346ºJosé Roberto Lobo Soares 347ºAna Eulália Soares Feijó 350ºNormélia Moraes da Silva351ºAntônio Amaury dos Santos Magalhães 352ºCarlos Benedito de Oliveira Fróes 353ºMilton Monteiro Marques 354ºHélcio Luiz Vasconcelos de Oliveira 355ºRosália Conceição Cantão dos Santos 357ºAntônio Manoel da Silva Bitencourt 364ºRômulo Celso Campinas Silva 365ºJairo Rodrigues Miranda 366ºMarilene Araújo de Britto 367ºWilda Celeste Setúbal 369ºMarco Aurélio Barbosa de Alcântara 370ºHelder Jansen Abreu de Jesus 371ºDenise Dacier Lobato Aymoré dos Santos 372ºPaulo Roberto Estumano Beltrão 373ºMarco Aurélio Silva de Oliveira 375ºTânia do Socorro Barroso de Almeida 376ºValterina Camelo Xavier 377ºWaldinez Teixeira Leite 379ºJosé Cláudio Nascimento Pinheiro 380ºJosias Muniz Pereira 382ºJorge Mauro Oliveira de Medeiros 383ºMaria do Socorro de Souza 387ºOsmar Pereira de Souza 392ºJosé de Jesus Cunha Azevedo 393ºSilvio Gomes da Costa 396ºAna Cláudia Machado de Carvalho 404ºAmérico Gomes Soares 411ºHuascar João de Lemos Angelim júnior 412ºCarlos Alberto Castelo Branco 418ºElma de Nazaré da Rocha Seruffo 419ºJosé Vieira Barbosa 422ºAdnil Barros Cavalcante 423ºRaimundo Dias Cardoso 425ºAna Lúcia Esteves Dias 434ºRuth Helena de Rezende Martins 435ºAntônio Carlos Figueiredo Faria 438ºCarlos Araújo Mendonça 468ºÂngela Lins Vieira 480ºMariana Rayol Pinto 489ºMaria de Fátima Leão Gorayeb 496ºInês Tiyomi Endo Wesseling 513º



Nota-se, portanto, que todos os autores lograram aprovação muito além do número de vagas ofertadas pela administração, isto é, 73 (setenta e três) vagas.

A problemática dos candidatos aprovados em concursos públicos além do quantitativo de vagas ofertadas foi apreciada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 837.311/PI, Relator Min. Luiz Fux, submetido à sistemática da Repercussão Geral (Tema 784), cuja ementa daquele julgado é a seguinte:

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. ARBITRÍO. 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. 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). Grifei.

Em outras palavras, o candidato aprovado além das vagas previstas em edital não ostenta direito subjetivo de ser nomeado, possuindo, ao revés, uma expectativa de direito, que se convolará em direito subjetivo à



nomeação na excepcional hipótese de restar demonstrado, de forma inequívoca, que a Administração age de modo compatível com a necessidade de prover cargos vagos.

Nessa esteira os autores/apelantes defendem que além das nomeações efetivadas pela administração, as quais já superam o número de vagas ofertadas pelo edital, ainda assim haveria inequívoca necessidade de serem nomeados mais 93 (noventa e três) candidatos.

Essa necessidade, segundo os autores, estaria comprovada em razão de alguns elementos constantes dos autos sobre os quais passarei a me manifestar em respeito ao art. 93, IX, da CF/88 e ao Tema 339 do STF.

Pois bem, os autores aduziram que a própria Secretaria de Estado da Fazenda – SEEFA, no Ofício nº 032/96-GAB.DEL (fl. 92), admitiu a necessidade de serem realizadas novas nomeações. Neste documento há uma solicitação do Delegado da 9ª RF junto ao Secretário de Estado, no sentido de que fosse autorizada a remoção de funcionários para aquela Regional em razão de carência de pessoal. Em documento, entretanto, nada esclarece acerca da efetiva existência de cargos vagos, inclusive o expediente não elucida se o quantitativo demandado (25 FTES) representava demanda já existente ou verificável após implemento das remoções requeridas.

Outro documento apontado pelos autores consiste na Portaria nº 022 GAB/DEL (fl. 97v), pela qual o Delegado Regional da 6ª Região Fiscal determinou o imediato afastamento de encostados que por ventura existiam na prestação do serviço daquela unidade.

Embora a portaria não esclareça sobre qual espécie funcional está se referindo, visto que a terminologia empregada pode a um só tempo fazer alusão a servidores sem vínculo efetivo (cargos em comissão), ou desempenho temporário de função pública (art. Art. 37, IX, da CF/88), fato é que nada restou efetivamente comprovado acerca do quantitativo de cargos vagos.

Convém lembrar que em se tratando de regime precário de recrutamento de pessoal (temporários) o agente exerce função pública como mero prestador de serviços, sem ocupar cargo ou emprego público na estrutura administrativa, constituindo vínculo precário, de prazo determinado, nos moldes estabelecidos pelo texto da Constituição da República.

Nessa linha tem se entendido que a simples indicação de contratação temporária à míngua de provas concretas por si só mostra-se inviável para comprovar a preterição dos candidatos aprovados ou a existência de cargos efetivos vagos, senão vejamos:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DAS VAGAS. SURGIMENTO DE VAGA. EXONERAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DE DISPONIBILIDADE



ORÇAMENTÁRIA. PRECEDENTE DO STJ. INEXISTÊNCIA DE PRETERIÇÃO. TEMA FIXADO EM REPERCUSSÃO GERAL - RE 837.311/PI. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I - A mera contratação de servidores temporários, fundada no art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, não caracteriza a preterição do candidato aprovado em concurso público, visto se tratar de medida tomada para atender necessidades provisórias da Administração.

II - Impetrante que não trouxe aos autos argumentos e provas aptos a caracterizar preterição, devendo ser aplicada a jurisprudência fixada acerca do tema, no sentido de não possuir direito líquido e certo o candidato de concurso público aprovado em vaga destinada ao cadastro de reserva, mas sim mera expectativa de direito à nomeação.

III - Agravo interno improvido.

(AgInt no RMS 49.104/GO, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 26/05/2017)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE FUNCIONÁRIOS NA VIGÊNCIA DO CERTAME. PRETERIÇÃO QUE, PARA FICAR CONFIGURADA, EXIGE A COMPROVAÇÃO DE QUE OS TEMPORÁRIOS FORAM ADMITIDOS PARA DESEMPENHAR AS ATRIBUIÇÕES DE CARGOS EFETIVOS VAGOS, EM DETRIMENTO DOS APROVADOS NO CONCURSO.

1. Candidato aprovado em concurso público além do número de vagas oferecido no edital adquire o direito à nomeação, respeitada a ordem de classificação, na hipótese em que a administração, no prazo de validade do certame, havendo cargos efetivos a preencher e estando evidenciada a necessidade dos serviços, promove contratação temporária de funcionários para o desempenho de atribuições próprias desses cargos, em detrimento dos aprovados no certame. Precedentes.

2. No caso examinado nos autos, não há falar em preterição, porquanto a contratação questionada pelas recorrentes deu-se em caráter precário e temporário, não tendo sido apresentada nenhuma prova da existência de novos cargos efetivos vagos, na Secretaria Regional de Diamantina, além daqueles três oferecidos no concurso de 2005, que foram preenchidos em estrita obediência à ordem de classificação.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no RMS 31.083/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 22/05/2014)

Outro documento com o qual os autores entendem demonstrar a necessidade de serem efetivadas outras nomeações, além daquelas já realizadas pela administração, consiste na resposta ao Ofício nº 085/95 do SINDITAF, onde a Chefia da Seção de Cadastro da SEFA, referindo-se ao cargo de Fiscal de Tributos Estaduais, considerando todas classes (a, b e c), assinalou a existência de 93 (noventa e três) cargos vagos (fl. 125).



Ocorre, porém, que essa resposta, datada de 19/10/1995, deixa claro que na classe inicial da carreira (a) à época haviam apenas 03 (três) cargos vagos. No ano seguinte este cenário sofreu alteração passando então a constar na classe inicial excedente de 01 (um) cargo como é possível verificar na resposta ao Ofício nº 345/96/PGE-PJ (fl. 137).

A inexistência de cargos vagos na classe inicial da carreira impede concluir pela existência de omissão quanto ao dever legal de nomeação dos candidatos aprovados acima do quantitativo de vagas ofertados pelo edital de abertura do certame.

Importa frisar que, na presente hipótese, além das 73 (setenta e três) vagas inicialmente ofertadas foram efetivadas 300 (trezentas) nomeações, consoante se observa do documento de fl. 624, sobre o qual os apelantes puderam se manifestar.

É necessário atentar que a Administração realizou nomeações muito além do quantitativo inicialmente ofertado pelo edital de abertura do certame (C-50).

Não há dúvida de que essas nomeações estão inseridas dentro do espaço discricionário, orientado por um juízo de conveniência e oportunidade, com o qual a Administração avalia concretamente suas necessidades e possibilidades para determinar o número final de nomeações em determinado concurso público.

Isto, no entanto, ao meu sentir, está longe de representar qualquer espécie de preterição ou mesmo frustração de expectativa daqueles candidatos que embora aprovados restaram classificados além do quantitativo de vagas ofertadas.

A publicação do edital de concurso público contendo determinado número de vagas faz exsurgir para Administração o dever de nomeação relativo a este número. Por outro vértice, o candidato aprovado dentro do número de vagas ofertadas titulariza verdadeiro direito subjetivo à nomeação. Há, portanto, uma vinculação recíproca. Neste sentido já decidiu o Plenário do STF: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes (Tema 161).

Os candidatos aprovados além do número de vagas ofertadas, ou seja, dentro do chamado cadastro de reserva, a princípio, possuem mera expectativa quanto à nomeação.

É cediço, sobretudo após o julgamento do RE 837.311/PI (Tema 784) que, apenas excepcionalmente, essa expectativa se convolará em direito subjetivo.

No caso sob análise, data vênia, não vislumbro hipótese de transmutação dessa expectativa.

Digo isto por entender que não houve efetiva comprovação acerca da



existência de cargos vagos, os quais durante a vigência do Concurso Público C-50, pudessem receber e/ou viabilizar as nomeações dos autores/apelantes.

A propósito, no que alude ao prazo de validade, importa consignar que o resultado do Concurso C-50 restou publicado em 23/09/1994 (fl. 89). Em seguida encontramos nos autos ato retificador - Decreto nº 2950/94-SEAD (publicado em 22/11/1994) -, pelo qual a Administração prorrogou até 24/03/1996 a vigência do certame (fl. 144).

Os apelantes, entretanto, afirmam que o resultado da aludida seleção (C-50) fora publicado em 31/05/1995, contando a partir desta data o prazo máximo de validade, pelo que entendem que o concurso expirou somente no ano de 1999.

Este entendimento não encontra guarida, pois a publicação efetivada em 31/05/1995 consistiu em mera republicação do anexo da Portaria nº 003/50-SEAD, em virtude de incorreções na contagem de tempo de serviço público de um único candidato, portanto incapaz de alterar a data de homologação anterior ou mesmo a contagem do prazo de validade.

Ainda que assim não fosse é relevante atentar que na presente hipótese a Administração deflagrou novo concurso (C-71), relativo ao mesmo cargo, apenas em 27/12/2001 (fls. 190/197), ou seja, após o término da validade da seleção anterior, mesmo se considerada a data alegada pelos apelantes (1999), evidenciando incorrência de preterição.

Importa destacar, tal qual asseverado pelo Ministro Luiz Fux, Relator do RE 837.311/PI (Tema 784), que ...o Administrador Público tem a prerrogativa de avaliar se escolherá os piores colocados de um concurso público que está na validade, dentre os que se encontram além das vagas, ou se prefere os melhores colocados de um novo processo seletivo. Grifei.

Sua Excelência também consignou:

Aduza-se que, para que esta última escolha seja legítima e juridicamente aceitável, as nomeações precisam ter de ocorrer após o término da validade do primeiro concurso e sem que isso configure qualquer transtorno para a sociedade.

Quando um Administrador Público atua com má-fé e deixa escoar dolosamente o prazo de validade de um concurso para favorecer, indevidamente, os aprovados no novo certame, exsurge o direito de nomeação em favor dos candidatos aprovados na primeira seleção, **DESDE QUE DENTRO DO LIMITE DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DO SEGUNDO CONCURSO.**

Com base nessas premissas, podemos interpretar de maneira mais consentânea o que dispõe a própria Constituição de 1988 sobre o tema. Em seu art. 37, IV, A Carta da República garante prioridade aos candidatos



aprovados em concurso público prévio, nos seguintes termos:

Art. 37:

(...)

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira.

Pela leitura da Constituição, nota-se, claramente, que não se impede a abertura de novo concurso enquanto restarem candidatos aprovados em outro concurso ainda na validade. Essa orientação é abarcada pela ilustre Min. Carmen Lucia, ao proferir seu voto condutor do julgamento do MS 24.660, ocasião em que didaticamente assentou:

(...) nos termos constitucionalmente postos, não inibe a abertura de novo concurso a existência de candidatos classificados em evento ocorrido antes. O que não se permite, no entanto, no sistema vigente, é que, durante o prazo de validade do primeiro, os candidatos classificados para os cargos na seleção anterior sejam preteridos por aprovados em novo certame (MS 24660, Relatora Min. Ellen Gracie, Relatora p/ Acórdão Min. Carmen Lucia, Tribunal Pleno, DJe 23-09-2011).

Nesse contexto, ainda que o edital de um concurso público tenha previsto, inicialmente, um número determinado de vagas para certo cargo, terão prioridade os nele aprovados enquanto perdurar a vigência do certame. A eventual inobservância dessa lógica ofende o já referido art. 37, inciso IV, da Constituição da República, bem como a Súmula nº 15 desta Corte, verbis:

Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito a nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

Dessarte, o que se impede é que os aprovados em concurso prévio sejam preteridos pelos novos, e mais, que não se deixe deliberadamente escoar o prazo de validade do concurso para que se abra outro e a Administração possa nomear os primeiros colocados.

QUEM É APROVADO EM CONCURSO ALÉM DAS VAGAS PREVISTA PREVISTAS NO EDITAL NÃO OSTENTA UM DIREITO SUBJETIVO DE SER NOMEADO, MESMO QUE ABERTO NOVO EDITAL DURANTE A VALIDADE DO CERTAME. Possui, ao revés, uma mera expectativa de direito que será convalidada em direito adquirido a nomeação, apenas, na excepcional circunstância de restar demonstrado, de forma inequívoca, que existe a necessidade de novas nomeações durante a validade do concurso. E por esse mesmo motivo que a simples abertura de um concurso público ou que o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade de concurso não gera, automaticamente, um direito a nomeação em favor dos candidatos aprovados fora das vagas do edital.



A Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade. É possível, por exemplo, que, por razões orçamentárias, os cargos vagos sejam providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários. Assim, a vacância de cargos ou a abertura de concurso público não tem o condão de, por si sós, vincular a Administração a nomear os aprovados fora das vagas do edital. 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. (RE 837.311/PI, Rel. Min. Luiz Fux, Tema 784). Grifei.

No caso em apreço, as provas constantes dos autos revelam de forma inconteste que a Administração realizou nomeações muito além do quantitativo de vagas inicialmente ofertadas pelo edital convocatório do concurso em referência. Outrossim, é possível observar, de forma clara, que o novo certame (C-71) somente foi deflagrado após o término da validade do anterior (C-50). Além disso, a classificação dos autores no primeiro concurso é muito acima do número de vagas previstas no edital do segundo, onde ofertadas apenas 15 (quinze) vagas para auditoria fiscal.

Impossível confundir a simples vacância de cargo público (Ofício nº 1.016/2018/GS/SEFA, fl. 613), o que não enseja direito à nomeação pelos candidatos inicialmente aprovados além do número de vagas ofertadas, com a vacância acompanhada do manifesto comportamento da Administração a externar necessidade de prover os cargos durante a validade do concurso, é esta soma de fatos, cujo ônus probatório pertence ao candidato, que quando devidamente comprovada obrigatoriamente implicará no dever de nomeação daqueles eventualmente inseridos em cadastro de reserva.

Assim, penso que não é possível reconhecer, in casu, que a Administração preferiu escoar o prazo de validade do Concurso C-50 para dolosamente deixar de nomear os autores.

Nesse contexto é que, sem necessariamente divergir das decisões anteriores: Acórdãos nº 63.043 (fls. 256/261), nº 68.293 (fls. 273/277) e nº 78.380 (fls. 324/329), mas em atenção à determinação do Supremo Tribunal Federal, RE nº 926.017/PA (fl. 580), apresento estes fundamentos alinhados aos Temas 339 (AI 791.292) e 784 (RE 837.311).

Ante o exposto, embasada nos arts. 1.040, II, c/c 1.041, §1º, ambos do CPC, conheço e nego provimento ao recurso de apelação.

É como voto.

Belém/PA, 27 de julho de 2020.

Desa. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO



Relatora

Fórum de: **BELÉM**

Email:

Endereço:

CEP:

Bairro:

Fone: