

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Feira de Santana
2ª Vara de Fazenda Pública

Processo: 8022268-79.2022.8.05.0080.

Assunto: [Abuso de Poder].

Autor(a): NEUMA MARIA MACHADO CAVALCANTI CARVALHO e outros (10).

Ré(u): .

DECISÃO

Trata-se de AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA proposta por NEUMA MARIA MACHADO CAVALCANTI, THAYS DA CONCEIÇÃO LIMA, BRUNO BARROS DE OLIVEIRA, BRANDO GONÇALVES DOS SANTOS SILVA, ELIENE CRISTINA DOS SANTOS LOPES, FRANCISMARA DOS SANTOS FRANÇA, GUTEMBERG DE LIMA CARVALHO, JAQUELINE SANTOS QUEIROZ SOUZA, KATIA CARINE SANTOS SILVA, VANESSA CONCEIÇÃO DE LIMA, YASMIN MASCARENHAS CARVALHO e ELIANA AZEVEDO MARTINS em face do MUNICÍPIO DE FEIRA DE SANTANA, ambos devidamente qualificados.

A parte autora, alega, em síntese, que foram aprovados e classificados para o cadastro de reserva no concurso público (edital nº.001/2018 de 10/07/2018), para os cargos de Professores de Pedagogia, Ciências, Educação Física e Matemática promovido pela Prefeitura Municipal de Feira de Santana-BA. Houve homologação do concurso em 21/12/2018, gerando assim expectativa da convocação. Ademais, ocorreu a prorrogação do concurso em 24/11/2020 por mais 02 (dois) anos, ficando mais uma vez os Autores na expectativa de suas nomeações.

Diante dos fatos narrados, acrescenta a parte autora que em 03/12/2021, por meio do Diário Oficial do município, foi anunciado a realização de processo seletivo simplificado para professores.

Ainda torna-se oportuno relatar que, consta na inicial:



“[...] como dizer crível, razoável e mesmo minimamente aceitável que, no curso de um concurso público, cuja homologação final de daria em poucos dias, pudesse a municipalidade abrir edital de seleção via REDA para as mesmas vagas do concurso público em andamento na pasta da educação municipal?

.....

[...] como dizer válida a premissa anunciada no edital do REDA de que, na esteira do art. 37, IX, a seleção se justificaria por força da “necessidade temporária e de excepcional interesse público?

Como não ser tido como grave violação à boa-fé objetiva dos que se submeteram ao rigoroso concurso público 001/2018, o que fez o Município Réu a partir da burla de contratação precária para os mesmos cargos anunciados, Nobre Julgador?

.....

Em razão do exposto, requereu a “ ... MEDIDA EMERGENCIAL, LIMINARMENTE, inaudita altera parte, com o fito de determinar que o Município de Feira de Santana adote as providências administrativas necessárias para convocação dos Requerentes, aprovados dentro do número de vagas, bem assim aqueles que estejam aprovados dentro do cadastro reserva em substituição aos que foram contratados via processo seletivo REDA 001/2021 [...]”.

Juntou documentos.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

DECIDO:

Cinge-se a controvérsia sobre matéria que se encontra disciplinada no art. 37, IX, CF, o qual estabelece que:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;”

Por conseguinte, em sede de legislação federal, a matéria foi regulamentada pela Lei nº 8.745, de 09 de dezembro de 1993, a qual veio a dispor sobre a contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do Art. 37 da Constituição Federal.



Por fim, é importante frisar que a própria Constituição Federal, no seu artigo 37, inciso IV, garante a precedência dos aprovados em concurso: “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”.

À vista disso, o processo seletivo simplificado para contratar temporários deve ser realizado em situações excepcionais, quando não há uma lista de candidatos regularmente aprovados no concurso público. Se há concursados aguardando convocação, então tal processo seletivo torna-se ilegal.

Resta assentado nos tribunais pátrios o entendimento que, comprovada a oferta de vagas que a própria Administração divulga ter, tal circunstância vincula o preenchimento desse número pelos candidatos aprovados, sendo que a observância de tal mister é ditada pelo princípio da moralidade e às regras de convocação às quais o Poder Público deve atentar, em atenção ao disposto no artigo 37 da Lex Mater. Ademais, demonstrada, através de prova documental, eventual contratação precária que configura preterição dos aprovados no certame que se efetivou, existente direito a ensejar a proteção mandamental, hipótese que se afigura nos presentes autos.

A Constituição da República estabelece que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos e que durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, a pessoa aprovada em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocada com prioridade sobre novos concursados para assumir o cargo ou emprego na carreira (CR, art. 37, II e IV).

É verdadeira a premissa de que há, somente, expectativa de direito para o candidato aprovado fora do número das vagas. Porém, também é verdadeira a premissa, se no prazo de validade do concurso, suceder contratação precária para o preenchimento de vagas existentes do órgão preterindo aquele que fora aprovado para a mesma função, de que surge o vínculo subjetivo entre a pessoa e o ente público gerando direito subjetivo à nomeação.

Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. SÚMULA 284/STF. CERTAME PÚBLICO. PRETERIÇÃO. CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. SÚMULA 211/STJ. CONCESSÃO DE LIMINAR. NOMEAÇÃO EM CONCURSO. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO. 1. Alegações genéricas de ofensa ao artigo 535 do CPC impõem a aplicação da Súmula 284/STF. 2. A ausência de prequestionamento da tese acerca do litisconsórcio passivo necessário atrai a incidência da Súmula 211/STJ. 3. O acórdão recorrido foi proferido em consonância com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual deve ser reconhecido o direito subjetivo a nomeação aos candidatos aprovados fora das vagas em concurso público se, no prazo de validade do certame, suceder contratação precária para o preenchimento de vagas existentes do órgão, em nítida preterição dos aprovados, o



que impõe a aplicação da Súmula 83/STJ. 4. "A vedação contida nos arts. 1º, § 3º, da Lei 8.437/92 e 1º da Lei 9.494/97, quanto à concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública nos casos de aumento ou extensão de vantagens a servidor público, não se aplica nas hipóteses em que o autor busca sua nomeação e posse em cargo público, em razão da sua aprovação no concurso público" (AgRg no AREsp 15.804/GO, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/03/2013). 5. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp: 373865 PI 2013/0235712-4, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 14/10/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/10/2014). PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - CONCURSO PÚBLICO - APROVAÇÃO DE CANDIDATOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS DO EDITAL - NOVAS VAGAS - CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA - DIREITO SUBJETIVO A NOMEAÇÃO - ACÓRDÃO JULGADO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ - SÚMULA 83/STJ - ART. 67 DA LEI 9.478/97, REGULAMENTADO PELO DECRETO 2.745/98 - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 282/STF. 1. É firme nesta Corte o entendimento de que deve ser reconhecido o direito subjetivo a nomeação aos candidatos aprovados fora das vagas em concurso público se, no prazo de validade do certame, suceder contratação precária para o preenchimento de vagas existentes do órgão, em nítida preterição dos aprovados. 2. É inviável em recurso especial a análise de tese que não foi prequestionada na instância de origem. Súmula 282/STF. 3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 256.010/RN, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 07/05/2013).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR. ENSINO MÉDIO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. DEVIDAMENTE COMPROVADA. CONVOLAÇÃO DA EXPECTATIVA EM LIQUIDEZ E CERTEZA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. 1. Cuidase de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a segurança em pleito de nomeação de candidato aprovado em concurso público para o cargo de professor do ensino médio na rede estadual; a recorrente foi aprovada em nono lugar e comprova-se que foram convocados oito candidatos para a localidade na qual concorreu (fls. 96-97, e-STJ). 2. A convolação da expectativa de direito em liquidez e certeza, no caso de candidatos aprovados fora das vagas, exige a demonstração do direito pretendido, que, no caso, é a preterição pela contratação superveniente de temporário para a função de servidor efetivo. 3. Resta comprovado que houve a homologação do resultado da seleção simplificada para a área na qual foi aprovada a candidata (língua estrangeira, inglês) (fl. 79, e-STJ), bem como se demonstra a necessidade de um docente de inglês para a localidade (fl. 81, e-STJ) e, por fim, a contratação de temporário para o desempenho da atividade (fl. 82, e-STJ). 4. Havendo comprovação, a jurisprudência do STF e do STJ abarca a tese recursal de preterição e, conseqüentemente, convolação da expectativa de direito em liquidez e certeza. Precedentes: AgRg no ARE 661.070/MA, Relator Min. Ayres Britto, Segunda Turma, acórdão eletrônico publicado no DJe 239 em 19.12.2011; e AgRg no RMS 36.811/MA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 3.8.2012. Agravo regimental improvido (AgRg no RMS41.404/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 29/04/2013).

Para aprofundar a discussão, no tocante ao cerne da demanda, conforme tese definida no RE 837.311 (Tema 784 – Repercussão Geral), o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o direito à nomeação do candidato aprovado fora do número de vagas ocorre em situações específicas:



"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. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses:

I – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;

II – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação;

III – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

[Tese definida no RE 837.311, rel. Min. Luiz Fux, P, j. 9-12-2015, DJE 72 de 18-4-2016, Tema 784.]"

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, proferiu uma decisão em consonância com a tese aqui sustentada, como se percebe pela leitura desta jurisprudência:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. EXPECTATIVA DE DIREITO. PREENCHIMENTO DO CARGO POR SERVIDOR TEMPORÁRIO. PRETERIÇÃO DE CONCURSADOS. I- (...) II- O candidato aprovado em concurso público para o cadastro de reserva deixa de ter mera expectativa, adquirindo o direito subjetivo à nomeação, se configurada alguma das seguintes situações: preenchimento do cargo sem observância da classificação; abertura de novo concurso para preenchimento do cargo, existindo candidatos aprovados no certame anterior; e contratação de servidores temporários ou comissionados para ocuparem o cargo vago, em detrimento do direito do candidato aprovado. Precedentes do STJ. III- (...) (TJGO, Agravo de Instrumento 5318299-79.2016.8.09.0000, Rel. LUIZ EDUARDO DE SOUSA, 1ª Câmara Cível, julgado em 06/04/2017, DJe de 06/04/2017)”.

Uma das hipóteses se afigura ao caso em comento: os candidatos aprovados fora do número de vagas ofertadas no certame possuem mera expectativa de direito à nomeação. No entanto, excepcionalmente, a expectativa de direito se convolará em direito subjetivo caso reste demonstrado, de forma inequívoca, que existe a necessidade de novas nomeações durante a validade do concurso.

No caso dos autos, em que pese a aprovação dos autores dentro do número de vagas previstas no edital para o cargo de Professor, ainda não foram nomeados, embora outros servidores tenham sido convocados pelo processo seletivo simplificado, ocupando os mesmos cargos a título precário, o que se configura incoerente, uma forma disfarçada de burlar princípios constitucionais de administração pública.



Ora, se servidores foram convocados de forma precária para o exercício das funções inerentes ao referido cargo efetivo, nesse contexto, encontra-se evidenciada a necessidade de pessoal, ressaindo daí a liquidez e certeza do direito de nomeação dos autores, mesmo aprovados dentro do número de vagas de cadastro de reserva.

Face ao exposto, consoante os fundamentos ora delineados, **CONCEDO A TUTELA DE URGÊNCIA** requerida e, por conseguinte, **DETERMINO** ao acionado que **PROCEDA** a convocação e nomeação dos Autores, Neuma Maria Machado Cavalcanti, para o cargo de Professor de Pedagogia, Thays da Conceição Lima, para o cargo de Professor de Pedagogia, Bruno Barros de Oliveira, para o cargo de professor de Educação Física, Brando Gonçalves dos Santos Silva, para o cargo de professor de Ciências, Eliene Cristina dos Santos Lopes, para o cargo de Professor de Pedagogia, Francismara dos Santos França, para o cargo de professor de Pedagogia, Gutemberg de Lima Carvalho, para o cargo de professor de Matemática, Jaqueline Santos Queiroz Souza, para o cargo de Professor de Pedagogia, Katia Carine Santos Silva, para o cargo de Professor de Pedagogia, Vanessa Conceição de Lima, para o cargo de professor de Língua Portuguesa, Yasmin Mascarenhas Carvalho, para o cargo de Professor de Pedagogia e Eliana Azevedo Martins, para o cargo de Professor de Pedagogia, aprovados no concurso público nº 01/2018, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa mensal: R\$ 3.000,00 (três mil reais), não obstante outras medidas possam ser adotadas em caso de recalcitrância.

A parte autora declara ser pessoa pobre e com insuficiência de recursos para pagar as custas do processo. Desse modo, considerando a prova dos autos e que a boa-fé deve ser presumida, defiro a gratuidade judiciária, advertindo que a referida concessão não afasta a responsabilidade decorrente de sucumbência (CPC, art. 98, § 2º), por se tratar de obrigação sob condição suspensiva de exigibilidade.

Cite-se, a parte acionada para, no prazo legal, oferecer contestação, se quiser, sob os efeitos da revelia naquilo em que seus efeitos forem aplicáveis.

Façam-se as demais comunicações de estilo.

Feira de Santana (BA), 19 de setembro de 2022.

NUNISVALDO DOS SANTOS
Juiz de Direito

