

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**

APELAÇÃO CÍVEL N.º 0800554-45.2023.8.19.0080

Apelante: MUNICÍPIO DE ITALVA

Apelada: SIMONE ALVES BATISTA

**Relatora: Desembargadora ANA CRISTINA NASCIF DIB
MIGUEL**

**APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO
ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO.
MUNICÍPIO DE ITALVA. CONTRATAÇÕES
TEMPORÁRIAS DURANTE A VIGÊNCIA DO
CERTAME. PRETERIÇÃO ARBITRÁRIA.
DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.
RECURSO DESPROVIDO.**

1. Apelação interposta pelo município de ITALVA contra sentença que julgou procedente pedido de candidata aprovada em concurso público para o cargo de odontólogo, determinando sua nomeação e posse, em

razão de contratações temporárias realizadas durante a vigência do certame.

2. O concurso previa duas vagas e foi homologado em abril de 2019, com validade suspensa em razão da pandemia de COVID-19, estendendo-se até março de 2023. Durante esse período, o município realizou sucessivas contratações temporárias para o mesmo cargo, sem comprovação de excepcionalidade.

3. A autora foi aprovada em 5º lugar, sendo convocados até o 3º colocado, e comprovou que o município manteve profissionais contratados temporariamente por vários anos consecutivos, em número superior ao de vagas ofertadas.

4. O concurso público submete-se aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e vinculação ao edital, exigindo observância da ordem classificatória e do provimento de cargos efetivos por candidatos aprovados.

5. O Supremo Tribunal Federal, no Tema 784 da repercussão geral, reconhece o direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas quando demonstrada preterição arbitrária e imotivada durante a vigência do certame.

6. A contratação temporária reiterada e prolongada para o exercício de atribuições idênticas às do cargo efetivo, sem comprovação de necessidade excepcional, caracteriza desvio de finalidade e preterição arbitrária dos candidatos aprovados.

7. O ajuizamento da ação após o término do prazo de validade do concurso não impede o reconhecimento da preterição, desde que ocorrida durante a vigência do certame, conforme Tema 683 do STF.

8. No caso concreto, restou comprovada a contratação temporária de profissionais em número suficiente para ultrapassar a classificação da autora, sem justificativa para a excepcionalidade, configurando direito subjetivo à nomeação.



9. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO,
com a majoração dos honorários
sucumbenciais de 10% (dez por cento) para
13% (treze por cento) sobre o valor da causa.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos da
Apelação Cível n.º 0800554-45.2023.8.19.0080, entre as
partes acima descritas,

ACORDAM os Desembargadores que
compõem a Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal
de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de
votos, em **NEGAR PROVIMENTO ao recurso**, nos termos
do voto da Desembargadora Relatora.

R E L A T Ó R I O

Recorre, tempestivamente, **MUNICÍPIO DE
ITALVA** da sentença (PJe 277242804 dos autos
originários), oriunda da Vara Única da comarca de Italva,

que, em ação de obrigação de fazer ajuizada por **SIMONE ALVES BATISTA**, julgou procedente o pedido, nos seguintes termos:

“(…) O concurso público n.º 01/2018 do Município de Italva foi homologado em 05 de abril de 2019 com prazo de validade de 02 (dois) anos, tendo, em condições normais, encerramento em abril de 2021.

Contudo, em 27 de maio de 2020, foi promulgada a Lei Complementar Federal n.º 173/2020, cujos arts. 8º e 10 suspenderam os prazos de validade dos concursos públicos já homologados na data de publicação do Decreto Legislativo n.º 06, de 20 de março de 2020, que reconheceu o estado de calamidade pública em razão da pandemia de COVID-19. A Lei n.º 14.314, de 24 de março de 2022, prorrogou o prazo de suspensão dos certames públicos homologados até 2022. Por sua vez, a Portaria GM/MS n.º 913, de 22 de abril de 2022 — em vigor desde 22 de maio de 2022 — declarou o encerramento da Emergência em Saúde Pública decorrente da COVID-19.

Computando-se a suspensão do prazo durante o período pandêmico (de março de 2020 a maio de 2022, aproximadamente 26 meses), o certame teve

sua validade estendida até, ao menos, março de 2023. As contratações temporárias realizadas até esse marco inseriram-se, portanto, no período de vigência do concurso.

Quanto à tempestividade da demanda, ajuizada em 07 de junho de 2023, aplica-se o prazo prescricional quinquenal previsto no Decreto-Lei n.º 20.910/1932, contado a partir de cada contratação irregular. E a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou que o ajuizamento da ação após o término do prazo de validade do concurso não configura caducidade, decadência ou ausência de interesse processual quando a ilegalidade ocorreu durante a vigência:

"o ajuizamento da ação após o término do prazo de validade do concurso não caracteriza caducidade, decadência ou falta de interesse processual nos casos em que se pretende demonstrar ilegalidade ocorrida na sua vigência (ausência de nomeação de candidato aprovado)."

(STJ, AgInt no AgRg no AREsp n. 315.308/ES, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 18/12/2023, DJe 20/12/2023)

O Supremo Tribunal Federal, ao firmar a Tese 683 no RE 766.304/RS, exige apenas que a causa de pedir — a preterição — tenha ocorrido na vigência do certame: *"A ação judicial visando ao reconhecimento do direito à nomeação de candidato aprovado fora das vagas previstas no edital (cadastro de reserva) deve ter por causa de pedir preterição ocorrida na vigência do certame."*

(STF, RE 766.304/RS, Tema 683 da Repercussão Geral, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, julgado em 02/05/2024).

Como demonstrado, as contratações temporárias ocorreram entre 2019 e início de 2023, integralmente dentro do prazo de vigência do certame, atendendo-se ao requisito da Tese 683 do STF.

Conforme atual entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital possui direito subjetivo à nomeação para o cargo que concorreu, e não mera expectativa de direito.

Nesse sentido:

RMS 30459 / PA. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2009/0178631-7. Relator Ministra LAURITA VAZ (1120). T5 - QUINTA TURMA. DJe 08/02/2010. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. APELAÇÃO INTERPOSTA CONTRA ACÓRDÃO QUE DENEGOU A SEGURANÇA EM ÚLTIMA INSTÂNCIA. RECEBIDA COMO RECURSO ORDINÁRIO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. APLICÁVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO QUANDO JÁ EXPIRADO O PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DE AGIR. CONFIGURADO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS DO EDITAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.1. Ante a aplicação do princípio da fungibilidade recursal e nos termos do que dispõe o art. 247 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, a apelação interposta contra acórdão que denega segurança em última instância pode ser recebida como recurso ordinário.2. Não se reveste de falta de interesse a ação intentada quando já expirado o prazo de validade do concurso público, caso o debate não alcance os atos

da Administração concernentes à realização do certame, mas aqueles que envolvem a nomeação de candidatos classificados.3. Os candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital possuem direito subjetivo à nomeação para os cargos a que concorreram, diante da patente necessidade de nomeação dos aprovados no certame.4. Recurso conhecido e provido.

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1359516 SP
2012/0064312-9 (STJ) Data de publicação:
22/05/2013

Ementa: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. COORDENADOR PARLAMENTAR DA CÂMARA MUNICIPAL. APROVAÇÃO DENTRO DO CADASTRO DE RESERVA PREVISTO EM EDITAL. ABERTURA DE NOVA VAGA NO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. DIREITO À NOMEAÇÃO.

1. Trata-se na origem de mandado de segurança impetrado em face do Sr. Presidente da Câmara Municipal de Itapevi em razão de ato consubstanciado na não-convocação da impetrante para nomeação e posse no cargo de Coordenador Parlamentar da Câmara Municipal. 2. Preliminarmente, o Superior

Tribunal de Justiça não tem a missão constitucional de interpretar dispositivos da Lei Maior, cabendo tal dever ao Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual não se pode conhecer da dita ofensa aos artigos 5º e 37 , incisos I , II e IV da Constituição Federal . 3. Esta Corte Superior adota entendimento segundo o qual a regular aprovação em concurso público fora do número de vagas previstas no edital confere ao candidato mera expectativa de direito à nomeação. 4. A jurisprudência desta Corte Superior também reconhece que a classificação e aprovação do candidato, ainda que fora do número mínimo de vagas previstas no edital do concurso, confere-lhe o direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo se, durante o prazo de validade do concurso, houver o surgimento de novas vagas, seja por criação de lei ou por força de vacância. Ressalta-se que há a aplicação de tal entendimento mesmo que não haja previsão editalícia para o preenchimento das vagas que vierem a surgir durante o prazo de validade do certame. Precedente : RMS 32105/DF , Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 30/08/2010.

Também entende assim este Egrégio Tribunal de Justiça:

0034472-13.2009.8.19.0000 (2009.004.01112) TJERJ
- MANDADO DE SEGURANCA - 1ª Ementa. DES.
ADEMIR PIMENTEL - Julgamento: 01/10/2009 -
DECIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL.
PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA.
PROFESSORA APROVADA EM CONCURSO
PÚBLICO PARA O CARGO DE PROFESSOR I DO
MUNICÍPIO DE NOVA IGUAÇU DENTRO DO
NÚMERO DE VAGAS. DIREITO SUBJETIVO À
NOMEAÇÃO. PRESSUPOSTOS PARA A
CONCESSÃO DA LIMINAR. I - O candidato aprovado
dentro do número de vagas previsto no edital possui
direito subjetivo à nomeação para o cargo que
concorreu. Precedentes do Superior Tribunal
de Justiça; II - Presente, destarte, o fumus boni iuris
que reside no direito subjetivo à nomeação.
Indiscutível o periculum in mora que se
consubstancia na potencial ameaça de, aguardando o
julgamento do mérito, permanecer fora dos quadros do

funcionalismo público com as notórias perdas da ausência de nomeação;III Liminar concedida para nomeação e posse da Impetrante dentro de 10 (dez) dias da ciência pessoal desta, sob pena de multa diária em favor da Impetrante no valor equivalente ao vencimento que receberia se nomeada fosse.

Em sede de repercussão geral, do Supremo Tribunal Federal:

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.

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 encont

ra obstáculo em qualquer preceito constitucional. 5. Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prove r 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, q ue sejam extintos, na hipótese de restar caracteriz ado que não mais serão necessários. 6. A public ação de novo edital de concurso público ou o sur gimento de novas vagas durante a validade de o utro 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 sur gir 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 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. 12/05/2021 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL).

No caso dos autos, está cabalmente demonstrada a hipótese III. A autora, aprovada em 5ª colocação em certame com 2 vagas, provou que o Município réu manteve, de forma contínua e reiterada durante toda a vigência do certame, contratações temporárias precárias para o cargo de Odontólogo, chegando a ter ao menos 4 profissionais simultaneamente contratados em regime precário (índice 157991009, de 01 de junho de 2022).

A listagem remetida pelo próprio Município (índice 217138115) evidencia profissionais contratados por anos consecutivos: Charb Francisco Tanus Florido (4 anos: 2020, 2021, 2022 e 2023), Iohanna Costa Rangel (2021, 2022 e 2023), Kíssila Nunes Alves (2021, 2022 e 2023) e Thaisa de Oliveira Pinheiro Cordeiro (2021, 2022 e 2023). Tal recorrência e continuidade revelam, de forma inequívoca, que a necessidade de odontólogos no Município não era temporária ou excepcional — era permanente —, sendo vedado supri-la por contratações precárias em detrimento de candidatos aprovados em concurso público vigente.

Essa conduta configura desvio de finalidade e preterição arbitrária, violando o art. 37, incisos II e IV,

da Constituição Federal, além dos princípios da moralidade, impessoalidade, eficiência e da proteção da confiança legítima. A Súmula nº 15 do STF é clara: O Município réu não se desincumbiu do ônus de demonstrar que as contratações temporárias atendiam, de modo excepcional e transitório, aos requisitos constitucionais do art. 37, IX, da CF/88. A persistência de contratos precários por anos consecutivos, para o mesmo cargo, com número igual ou superior ao previsto no certame, demonstra que se tratava de substituição sistemática do concurso público por contratações precárias, o que é constitucionalmente vedado.

Ante o exposto, com fundamento no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado por SIMONE ALVES BATISTA em face do MUNICÍPIO DE ITALVA e o faço para:

a) CONDENAR o Município de Italva a, no prazo de 30 (trinta) dias contados da intimação desta sentença, NOMEAR e DAR POSSE à autora SIMONE ALVES BATISTA no cargo de ODONTÓLOGO para o qual foi regularmente aprovada no Concurso Público n.º 01/2018, sob pena de multa diária (astreintes) de R\$

500,00 (quinhentos reais), nos termos do art. 537 do CPC;

b) CONDENAR o Município réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, §2º, do CPC.

Sem reexame necessário, por ausência de condenação pecuniária acima dos limites do art. 496, §3º, do CPC, e por não contraria a presente decisão súmula ou jurisprudência do STF ou STJ (art. 496, §4º, II e III, do CPC).

Publicada e registrada. Intime-se. Cumpra-se.

Transitada em julgado, certifique-se e, nada mais havendo, dê-se baixa e arquivem-se.”

Alega o recorrente (Município), em síntese, que a contratação temporária para atender a necessidade transitória de excepcional interesse público, de acordo com o art. 37, IX, da Constituição da República, não tem o condão, por si só, de comprovar a preterição dos candidatos regularmente aprovados, bem como a existência de cargos efetivos vagos. Argumenta que, a luz da jurisprudência do

STF, a investidura de aprovados em concurso público deixa de ser obrigatória, desde que a Administração apresente justo motivo, a ser valorado pelo Judiciário. Invoca a Lei Complementar no 173/2020, que vedou a criação de cargos, empregos ou funções que acarretem aumento de despesa, admitindo a contratação definitiva de pessoal para cargos já existentes na estrutura administrativa ou de maneira temporária. Destaca que o concurso ao qual a autora se submeteu teve seu prazo de validade expirado. (sic. Pje 287845101)

Contrarrazoes apresentadas pela autora, pugnando pela manutenção da sentença, sob o argumento de que restou comprovada a contratação de profissionais temporários para o cargo de odontólogo, em número suficiente para caracterizar a preterição da ordem classificatória, inclusive com decisão judicial anterior determinando a nomeação de candidata aprovada em colocação inferior. (sic. Pje 296041839)

Manifestação da Procuradoria de Justiça no id. 08, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, o recurso é conhecido.

No caso concreto, a autora foi aprovada em 5º lugar para o cargo de odontólogo no concurso público municipal de Italva, cujo edital previa duas vagas, sendo certo que foi convocado até a 3.º candidato aprovado, diante a desistência do candidato **Diogo de Souza Vargas**, candidato aprovado em 1.º lugar no referido certame.

Restou incontroverso que, durante o prazo de validade do certame, o Município realizou reiteradas contratações temporárias para o mesmo cargo, inclusive mantendo profissionais contratados por vários anos

consecutivos, sem demonstrar a excepcionalidade ou transitoriedade da necessidade, a exemplo do profissional Charb Francisco Tanus Florido, contratado desde 2008 (id. Pje 62110762).

O Município remeteu a listagem de contratados temporariamente no cargo de odontólogo, nos anos de 2019 a 2023, a saber: Charb Francisco Tanus Florido (2020, 2021, 2022 e 2023), Gilmara Karla Soares de Andrade (2020), Hemanoely Marins de Azevedo Florido (2020), Iohanna Costa Rangel (2021, 2022 e 2023), Isabel Cristina de Souza Fernandes Santos (2019 e 2020), Kíssila Nunes Alves (2021, 2022 e 2023), Rayanne Guimarães Martins (2022 e 2023) e Thaisa de Oliveira Pinheiro Cordeiro (2021, 2022 e 2023), conforme índice 217138115.

O entendimento jurisprudencial consolidado pelo STF (Tema 784) e pelo STJ é 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 a 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 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.

In casu, a autora comprovou que houve contratações temporárias sucessivas para o cargo de odontólogo, em número suficiente para ultrapassar sua classificação no concurso, sem que o Município tenha demonstrado a excepcionalidade das contratações, **caracterizando preterição arbitrária e imotivada**. A jurisprudência do STJ e do STF reconhece que, nessas circunstâncias, a expectativa de direito se convola em direito subjetivo a nomeação.

Conforme orientação jurisprudencial extraída de julgados do STF (RE 667298/RS, Min. Luiz Fux e RE 660141/AL, Min. Carmem Lúcia), a ocupação precária, seja

por comissão, terceirização ou contratação temporária, de atribuições próprias do exercício de cargo efetivo vago para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, equivale à preterição da ordem de classificação no certame, fazendo nascer para os concursados aprovados, no mesmo número de contratados, o direito à nomeação.

O colendo Supremo Tribunal Federal, em sede de recursos repetitivos (RE 837311 / PI – PIAUÍ), firmou a tese 784 a respeito do direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital.

Vale conferir trechos do voto do ilustre Relator, Ministro Luiz Fux:

“(…)

Na medida em que a Administração Pública possui vagas e demonstra a necessidade de prover imediatamente os cargos, não pode deixar escoar o prazo de validade do concurso para nomear outras

peessoas que não os concursados já aprovados no concurso válido.

(...)

Quem é aprovado em concurso além das vagas 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 convolada em direito adquirido à nomeação, apenas, na excepcional circunstância de restar demonstrado, de forma inequívoca, que existe a necessidade de novas nomeações durante a validade do concurso. É 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 à nomeação em favor dos candidatos aprovados fora das vagas do edital.

(...)

O que assegura o direito à nomeação em favor dos aprovados fora das vagas do edital não é o mero surgimento de novas vagas ou a publicação de novo edital durante a validade do concurso. Estas circunstâncias não convolam, consideradas isoladamente, a mera expectativa de direito em direito

subjetivo. O que, por outro lado, lhes origina o direito à nomeação é a demonstração inequívoca de que a Administração está agindo em conformidade com a necessidade de prover os cargos vagos durante a validade do primeiro concurso. Uma coisa é a vacância do cargo, outra a vacância acompanhada do manifesto comportamento da Administração destinado a prover os cargos durante a validade do concurso, e isso não fica caracterizado pela mera publicação de novo edital de concurso. Isso porque o novo edital pode ter como propósito viabilizar o provimento dos cargos em período bem posterior ao do término da validade do primeiro concurso.

(...)

Pelo exposto, proponho que este Tribunal assente a seguinte tese objetiva em sede de Repercussão Geral: 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: 1) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); 2) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); 3) 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”.

Ademais, a alegação do Município de que o prazo de validade do concurso teria expirado não merece prosperar, pois, conforme exposto pelo Juízo sentenciante, nos termos da Lei Complementar no 173/2020 e da Lei no 14.314/2022, o prazo de validade dos concursos públicos

homologados até a data do Decreto Legislativo nº 6/2020 ficou suspenso durante o período de calamidade pública, retomando sua contagem a partir do encerramento da emergência em saúde pública, o que estendeu a validade do certame até pelo menos março de 2023.

Neste sentido os julgados desta Corte Estadual:

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APELAÇÃO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS IRREGULARES DURANTE A VIGÊNCIA DO CERTAME. PRETERIÇÃO ARBITRÁRIA E IMOTIVADA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Apelação interposta pelo Município de Italva contra sentença que, em ação proposta por candidata aprovada na 7ª colocação para o cargo de odontólogo, julgou improcedentes os pedidos autorais, fixando honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa, sob o pálio da gratuidade de justiça. A autora

sustenta preterição em razão de contratações temporárias ocorridas durante a vigência do certame, no qual foram previstas duas vagas e aberta mais uma no curso do prazo de validade.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (i) definir se candidata aprovada fora do número de vagas possui direito subjetivo à nomeação diante de contratações temporárias realizadas durante a validade do concurso; (ii) estabelecer se o ajuizamento da ação após o prazo de validade do certame impede o reconhecimento da alegada preterição; (iii) determinar se os honorários advocatícios foram fixados extra petita.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O concurso público submete-se aos princípios da legalidade, igualdade, moralidade administrativa e vinculação ao edital, nos termos dos arts. 5º e 37, II, da Constituição, o que impõe à Administração observância estrita das regras do certame e da boa-fé objetiva.

4. O Supremo Tribunal Federal, no Tema 784 da repercussão geral (RE 837.311/PI), estabelece que candidatos aprovados fora do número de vagas

somente adquirem direito subjetivo à nomeação quando demonstrada preterição arbitrária e imotivada durante o prazo de validade do concurso.

5. O Tema 683/STF (RE 766.304) fixa que a ação judicial deve ter por causa de pedir preterição ocorrida na vigência do certame, não constituindo óbice o ajuizamento da demanda após o término do prazo de validade.

6. No caso concreto, embora a autora tenha sido classificada na 7ª posição, fora das vagas inicialmente previstas, restou comprovada a contratação temporária de ao menos cinco odontólogos durante a validade do concurso, alguns com vínculos sucessivamente renovados por longos períodos.

7. A manutenção de contratações temporárias para o exercício das mesmas atribuições do cargo efetivo, por tempo prolongado e com sucessivas renovações, revela necessidade permanente de pessoal e caracteriza preterição arbitrária e imotivada dos candidatos aprovados.

8. Somadas as três vagas disponibilizadas no certame às contratações temporárias comprovadas, evidencia-se que, observada a ordem classificatória, a autora teria sido nomeada.

9. Os honorários advocatícios foram fixados conforme o art. 292, §2º, c/c art. 85, §§3º a 5º, do CPC, considerando como proveito econômico estimado um ano de vencimentos do cargo, inexistindo extrapolação do limite previsto no art. 85, §3º, I, do CPC ou julgamento extra petita.

IV. DISPOSITIVO E TESE

10. Recurso desprovido.

Tese de julgamento: 1. A contratação temporária reiterada e prolongada para o exercício de atribuições idênticas às do cargo efetivo, durante a validade do concurso, caracteriza preterição arbitrária e gera direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado fora do número de vagas. 2. O ajuizamento da ação após o término do prazo de validade do concurso não impede o reconhecimento da preterição ocorrida durante sua vigência. 3. É legítima a fixação de honorários com base no proveito econômico estimado correspondente a um ano de vencimentos, nos termos do art. 292, §2º, e art. 85, §§3º a 5º, do CPC.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, arts. 2º, 5º e 37, II; CPC, arts. 85, §§3º a 5º, e §3º, I, e 292, §2º.

Jurisprudência relevante citada: STJ, RMS 23.331/RO, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 05.04.2010; STF, RE 837.311/PI, Rel. Min. Luiz Fux, Tema 784; STF, RE 766.304, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, Tema 683.

(0000440-13.2021.8.19.0080 - APELACAO / REMESSA NECESSARIA. Des(a). INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO - Julgamento: 11/03/2026 - TERCEIRA CAMARA DE DIREITO PUBLICO (ANTIGA 6ª CÂMARA CÍVEL))

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. Candidato que almeja imediata nomeação e posse em cargo de Assistente Social a fim de compor os quadros funcionais do Município de Italva. Alegação de preterição em razão da contratação temporária de profissionais para exercerem funções afetas ao respectivo cargo. Tese fixada pelo C. STF no Tema 784 no sentido de que o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: 1? Quando a aprovação ocorrer dentro do número de

vagas dentro do edital; 2   Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3   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. Candidata que logrou êxito em demonstrar, observados os estreitos limites probatórios do mandado de segurança, o preenchimento dos requisitos configuradores da ilegalidade das contratações temporárias. Administração Pública não se desincumbiu do ônus de comprovar que as contratações durante a vigência do concurso foram precárias e excepcionais (artigo 373, II do CPC). Sentença mantida. Pequena reforma em remessa necessária para condenação do Município em taxa Judiciária. Súmula 145 do TJRJ e Enunciado 42 do FETJ. Precedentes. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(0000198-54.2021.8.19.0080 - APELACAO / REMESSA NECESSARIA. Des(a). ALEXANDRE TEIXEIRA DE SOUZA - Julgamento: 24/08/2023 - PRIMEIRA CAMARA DE DIREITO PUBLICO)



APELAÇÃO CÍVEL.

CONCURSO PÚBLICO. MUNICÍPIO DE ITALVA.
CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE
VAGAS.

CONTRATAÇÃO DE TERCEIRIZADOS.

SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO
INICIAL.

1. RE 667298/RS, Min. Luiz Fux e RE 660141/AL, Min. Carmem Lúcia: a ocupação precária, seja por comissão, terceirização ou contratação temporária de atribuições próprias do exercício de cargo efetivo para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, equivale à preterição da ordem de classificação no certame, fazendo nascer para os concursados aprovados, no mesmo número de contratados, o direito à nomeação.

2. Tese 784 do STF: 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 expresse

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.

3. Contratação temporária em número que excede a colocação da autora no concurso. Art. 373, I e II, CPC/15.

4. Ausência de comprovação pelo ora apelante de que as contratações efetivadas possuem os requisitos típicos que caracterizem a necessidade temporária, não se enquadrando, portanto, na exceção contida no inciso IX do art. 37 da CF.

5.Expectativa de direito que se convola em direito subjetivo, conforme a orientação jurisprudencial do STJ e do STF.

6.Possibilidade de convocar os aprovados em concurso público para preenchimento dos cargos vagos, com base na exceção prevista no artigo 8º, inciso IV, da Lei Complementar nº173/2020.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(0009359-25.2020.8.19.0080 - APELACAO / REMESSA NECESSARIA. Des(a). FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS - Julgamento: 14/07/2022 - DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL)

Assim, restando comprovada a preterição da autora por contratações temporárias durante a vigência do concurso, impõe-se a manutenção da sentença que determinou sua nomeação e posse no cargo de odontólogo.

Diante do exposto, voto pelo **CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO** do recurso, majorando-se os honorários sucumbências de 10% (dez por cento) para 13% (treze por cento) sobre o valor da causa.

Rio de Janeiro, na data da sessão.

Desembargadora **ANA CRISTINA NASCIF DIB MIGUEL**
R E L A T O R A