



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Segunda Câmara Cível



APELAÇÃO CÍVEL Nº 0219158-64.2014.8.19.0001

Apelante: RAFAEL DE ANDRADE CABRAL
Apelado: ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Relator: DESEMBARGADOR ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONCURSO PARA O CARGO DE ANALISTA EXTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROVA INEQUIVOCA DE DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO A NOMEAÇÃO E POSSE. LIMITES DA COGNIÇÃO. PROVIMENTO DO RECURSO. Havendo prova inequívoca e suficiente para gerar a verossimilhança da alegação de que existem cargos ocupados irregularmente e que a convocação do candidato não irá preterir os demais, impõe-se sua nomeação e posse para o cargo pretendido. Funções de auxílio exercidas de modo eventual por servidores que não podem se transformar em permanente, em prejuízo de candidato aprovado em concurso público para o mesmo cargo. Desvio de função praticada pela administração ao deslocar outros servidores para o exercício das atribuições do cargo. **Conhecimento e provimento do recurso.**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível n.º 0219158-64.2014.8.19.0001 em que é apelante RAFAEL DE ANDRADE CABRAL e apelado ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

ACORDAM os Desembargadores da 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em CONHECER O RECURSO e DAR-LHE PROVIMENTO, na forma do voto do Desembargador Relator.

Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 2019.

Rogério de Oliveira Souza
Desembargador Relator





APELAÇÃO CÍVEL Nº 0219158-64.2014.8.19.0001

Trata-se de ação proposta por RAFAEL DE ANDRADE CABRAL em face do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, objetivando declarar o direito de o autor ser nomeado, empossado e entrar em exercício no cargo de Analista, Área Controle Externo, Especialidade Tecnologia da Informação do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

Sustenta o Apelante que realizou a inscrição no concurso para o cargo de Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, com a previsão de 3 vagas para provimento imediato, com especialidade em Tecnologia da Informação, além da formação do cadastro de reserva; que foi aprovado em 5º lugar; que o concurso possui prazo de validade até o dia 18.09.2013, tendo sido prorrogado para o dia 18.09.2014; que somente 3 aprovados dentro do número de vagas foram convocados no período para o ocupar o cargo almejado; que requereu informações sobre todos os servidores do Tribunal e constatou que 2 cargos são ocupados por servidores de área diversa daquela exigida, fato que configura desvio de função.

Pugnou pela procedência dos pedidos, declarando-se o direito do autor à nomeação, posse e exercício para o cargo de analista, bem como a condenação do réu em obrigação de fazer, consistente na efetivação do direito declarado.

A decisão de fl. 177 negou a concessão da antecipação dos efeitos da tutela pleiteada pelo autor, ante a ausência do *fumus boni iuris*, conforme entendimento do juiz de 1º grau.

Em sua resposta (índice 300), o Estado alega que o demandante não logrou se classificar dentre os candidatos em melhor posição, na ordem classificatória, e que, somente assim, seria admissível sua nomeação. Prossegue aduzindo que, no período de validade do concurso foram convocados 03 (três) candidatos, e como o Autor encontrava-se na 5ª posição, não fazia jus a qualquer convocação, uma vez que não há direito subjetivo do candidato enquanto durar a validade do certame à convocação, salvo se classificado dentre o número de cargos ofertados no Edital. Sustenta que o ato convocatório está fundamentado em critérios de conveniência e oportunidade da Administração, e observados requisitos de atendimento da Lei de Responsabilidade Fiscal. Segundo o réu, ao Poder Judiciário, no exame dos atos administrativos, incumbe afastar do ato praticado qualquer ilegalidade cometida, sendo-lhe vedado adentrar no mérito do ato



APELAÇÃO CÍVEL Nº 0219158-64.2014.8.19.0001

administrativo, cuja manifestação é expressa pelo juízo discricionário do Administrador Público. Afirma a legalidade das regras previstas no edital e que o acolhimento da pretensão do autor implicaria em substituição, pelo Poder Judiciário, dos critérios adotados pela Administração para a escolha dos candidatos a cargo público, acarretando indevida análise do mérito do ato administrativo, o que contraria o princípio da separação de poderes. Requereu, ao final, a improcedência dos pedidos.

Às fls. 545/550, esta Câmara reformou em parte a decisão que indeferiu a tutela pleiteada pelo autor, determinando que o Estado proceda a reserva de vaga do cargo almejado pelo autor, até o julgamento do mérito da ação.

Acórdão proferido em sede de agravo (índice 001495), o qual deu provimento ao recurso interposto pelo autor, determinando a exclusão do Tribunal de Contas do Estado do polo passivo da relação processual.

Parecer do Ministério Público de 1º grau (índice 2186), no sentido da improcedência dos pedidos.

A sentença de fls. 2.252/2.255 julgou improcedentes os pedidos, condenando o autor ao pagamento das custas judiciais e honorários de sucumbência, estes fixados em 20% (vinte por cento) do valor atualizado atribuído à causa.

Recurso de apelação interposto pelo autor (índice 002276). Alega o recorrente que esta Câmara, nos autos do agravo de instrumento nº 0042173-49.2014.8.19.0000 (índice 000545), ao apreciar o pleito de antecipação de tutela, reconheceu a existência de desvio de função de servidores públicos, que, mesmo de áreas diversas, executavam as atividades que deveriam ser atribuídas ao apelante, caso fosse nomeado. Afirma que o Estado do Rio de Janeiro não impugnou a validade e nem o conteúdo dos documentos acostados pelo recorrente, limitando-se a afirmar a inexistência de direto subjetivo do candidato que é aprovado em cadastro de reserva, bem como a impossibilidade do Poder Judiciário substituir o examinador. Por isso, aduziu que o desvio de função se tornou incontroverso. Salientou que o cerne da temática debatida é justamente a demonstração de que a mera expectativa de direito do recorrente, aprovado em cadastro reserva, transmudou-se em direito subjetivo à nomeação em razão do ato (ilícito) praticado pela Administração Pública, que manifestou inequivocamente a necessidade



APELAÇÃO CÍVEL Nº 0219158-64.2014.8.19.0001

de provimento do cargo vago por meio da utilização de servidores em desvio de função. Sustenta a possibilidade do controle judicial dos atos administrativos, no caso o desvio de função. Além disso, deve ser afastada a suposta discricionariedade da Administração, pois a ela não é dado a admissão de servidor para exercer quaisquer outras funções, senão aquelas atinentes ao cargo em que logrou aprovação no concurso público, pois isso seria permitir, de forma oblíqua, o provimento de cargo sem a necessária aprovação em certame. Argumenta que os cargos de Analista da Área de Controle Externo e Analista da Área Organizacional não podem ser confundidos, pois fazem parte de uma estrutura interna previamente dividida e diferenciada pelos critérios legalmente definidos. Requereu o conhecimento e provimento do apelo, com a reforma integral da sentença.

Manifestação da Procuradoria de Justiça (índice 002339) opinando pelo conhecimento e provimento do apelo.

O recurso deve ser conhecido, porquanto atendidos os requisitos de admissibilidade.

A sentença destoa da evidência das provas existentes nos autos.

O apelante comprova que foi aprovado em quinto lugar no concurso para o Tribunal de Contas do Estado, na Especialidade Tecnologia da Informação, embora inicialmente tenham sido oferecidas apenas 03 (três) vagas para provimento imediato (fls. 51 e 78).

Ocorre, no entanto, que permanece no cadastro de reserva aguardando expirar a validade do concurso para ser convocado.

Verificando a proximidade de expiração do prazo de validade, o apelante teve o cuidado de buscar informações junto ao Tribunal de Contas e constatou que 02 (duas) vagas para o cargo se encontram preenchidas por pessoas de outras áreas, fato que evidencia desvio de função.

O documento (índice 000080) do Tribunal de Contas, datado de 26.05.2014 informa o nome, cargo e lotação de todos os servidores do TCE-RJ lotados nos serviços relacionados à tecnologia da informação na área de controle externo.



APELAÇÃO CÍVEL Nº 0219158-64.2014.8.19.0001

Pela leitura daquele documento, verifica-se que 02 (dois) servidores são analistas da área organizacional, com especialidade em Tecnologia da Informação, mas não pertencem à área de controle externo.

Sabe-se que a área de controle externo com especialidade em tecnologia de informação deve ser ocupada por Analista de Controle Externo – ÁREA DE CONTROLE EXTERNO e não da ÁREA ORGANIZACIONAL.

Assim, resta evidente que existe, sim, desvio de função, uma vez que na referida área – CONTROLE EXTERNO – com especialidade em tecnologia de informação o cargo somente poderia ser ocupado por ANALISTA DE CONTROLE EXTERNO – ÁREA DE CONTROLE EXTERNO.

A distinção está prevista no art. 4, § 1º da Lei n.º 4.787/2006, que dispõe sobre o quadro de pessoal e o plano de carreiras do Tribunal de Contas do Estado, nestes termos:

Art. 4º Compõem o Quadro de Pessoal do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, o cargo isolado de Procurador do Ministério Público Especial Adjunto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e as carreiras de:

- I – Analista de Controle Externo;
- II – Técnico de Controle Externo;
- III – Auxiliar de Controle Externo;
- IV Procurador do Tribunal de Constas do Estado do Rio de Janeiro.

§ 1º A carreira de Analista de Controle Externo é integrada pelos cargos de Analista – Área de Controle Externo e Analista – Área Organizacional.

Constata-se, também, que o edital de concurso contempla três vagas para Analista de Controle Externo – Área de Controle Externo e 04 (quatro) vagas para Analista de Controle Externo – Área Organizacional, ambos com especialidade em Tecnologia da Informação, conforme fl. 51.

O alegado suporte especializado que estaria sendo prestado pelos dois servidores, demonstra, na verdade, atuação efetiva e ativa no desempenho de funções inerentes ao cargo de Analista



APELAÇÃO CÍVEL Nº 0219158-64.2014.8.19.0001

Organizacional, funções que deveriam ser desempenhadas pelos servidores ocupantes do cargo de Analista de Área de Controle Externo.

Desse modo, a pretensão do recorrente é corroborada pela documentação fornecida pelo Tribunal de Contas do Estado em cotejo com a legislação vigente (Lei n.º 4.787/2006 e Resolução n.º 249/2006).

Além disso, a presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos não é absoluta e impende salientar a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, insculpida no artigo 5º, XXXV da CF, sendo os atos administrativos passíveis de controle de legalidade pelo Poder Judiciário, conforme jurisprudência reiterada do STF:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO ADMINISTRATIVO: POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA LEGALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (AI 796.832 AgR Rel. Ministra CÁRMEN LUCIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 1º/02/2011, DJe 23/02/2011).

O que se depreende desta circunstância é a ausência de ânimo para a convocação dos aprovados, valendo-se o apelado do desvio de função, como maneira de negar vigência ao direito do apelante.

Na hipótese, a expectativa de direito se convola em direito subjetivo na hipótese de preterição do candidato pelo preenchimento das vagas por servidores desviados de suas funções.

A propósito:

*0041566-31.2017.8.19.0000 - MANDADO DE SEGURANÇA
Des(a). MÁRCIA FERREIRA ALVARENGA - Julgamento: 01/11/2017 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL
MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE ANALISTA EM CONTABILIDADE. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CADASTRO DE RESERVA. ALEGAÇÃO DE TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS. 1- O surgimento de novas vagas no cargo do concurso público,*



APELAÇÃO CÍVEL Nº 0219158-64.2014.8.19.0001

não é capaz, por si só, de transformar a mera expectativa de direito do candidato aprovado no cadastro de reserva, em direito subjetivo à nomeação no cargo, posto que não vincula a Administração Pública a nomear os aprovados fora das vagas do edital. 2- Com base nessa premissa, para o impetrante fazer jus à vaga, deve demonstrar a existência de preterição ou arbítrio por parte da administração pública, não sendo a existência de cargo vago, suficiente para convolar a mera expectativa, em direito subjetivo à nomeação. 3- Com efeito, das provas juntas, podemos observar que a administração pública informou que só possui 2 analistas de contabilidade em seus quadros (fls.117), concluindo-se que os demais ocupantes das vagas, possuem formação na área de contabilidade, porém são ocupantes de outros cargos, comprovando-se o desvio de função, bem como a preterição. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

0009146-60.2015.8.19.0026 - APELAÇÃO

Des(a). JDS JOÃO BATISTA DAMASCENO - Julgamento: 20/06/2018 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. CANDIDATA APROVADA EM 56º LUGAR PARA FUNÇÃO DE ENFERMEIRA DO MUNICÍPIO DE ITAPERUNA. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO RÉU QUE NÃO MERECE PROSPERAR. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PRETENSÃO DE PRODUÇÃO DE PROVA QUE PODERIA TER SIDO TRAZIDA JUNTO COM A CONTESTAÇÃO. PRECLUSÃO. CONTRATAÇÃO DE 57 PESSOAS, A TÍTULO PRECÁRIO, DE RPA E DE DESVIO DE FUNÇÃO, NA VIGÊNCIA DO CERTAME, INCLUSIVE DA PRÓPRIA AUTORA. NÚMERO SUPERIOR À COLOCAÇÃO DA AUTORA. RE 837.311-RG (TEMA 784). PRETERIÇÃO CONFIGURADA. EXPECTATIVA DE DIREITO QUE SE TORNOU DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DE VAGAS. TRATANDO-SE DE DESPROVIMENTO DO RECURSO DO SUCUMBENTE NA INTÂNCIA ANTERIOR, HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Segunda Câmara Cível



APELAÇÃO CÍVEL Nº 0219158-64.2014.8.19.0001

*QUE SE MAJORA DE R\$ 500,00 PARA R\$ 550,00.
RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.*

Do exposto, o voto é no sentido de **conhecer o recurso e dar-lhe provimento para determinar a imediata nomeação e posse do autor no cargo de analista, sob as penas da lei, inclusive multa diária por descumprimento, suportando o Estado as despesas do processo e a verba honorária de R\$2.000,00 (dois mil reais).**

Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 2019.

Rogério de Oliveira Souza
Desembargador Relator

