



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000289564

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000441-06.2024.8.26.0589, da Comarca de São Simão, em que é apelante LUIS GUSTAVO DARIO, é apelado MUNICÍPIO DE LUIZ ANTÔNIO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento aos recursos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVIA MEIRELLES (Presidente sem voto), SIDNEY ROMANO DOS REIS E ALVES BRAGA JUNIOR.

São Paulo, 26 de março de 2025.

TÂNIA AHUALLI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Cível – Autos Digitais

Processo nº 1000441-06.2024.8.26.0589

Comarca: Vara Única do Foro de São Simão

Magistrado(a): Dr(a). Antonio José Papa Junior

Apelante: Luis Gustavo Dario

Apelado: Município de Luiz Antônio

Voto nº 11044

APELAÇÃO CÍVEL e RECURSO ADESIVO – Mandado de Segurança – Concurso público – Cargo de técnico de enfermagem – Município de Luiz Antônio – Edital que previa apenas a formação de cadastro de reserva – Impetrante aprovado na 19ª colocação – Alegação de preterimento arbitrário, diante da contratação de funcionários temporários para a mesma função, pelo Município – Sentença de denegação da segurança – Insurgência de ambas as partes – RECURSO ADESIVO DO MUNICÍPIO – Não acolhimento – Arguição de falta de interesse de agir, posto que o concurso ainda se encontra no prazo de validade – Tema nº 784/STF que, todavia, garante direito subjetivo de nomeação, mesmo àqueles que estejam fora das vagas do edital, caso cabalmente comprovada a preterição imotivada e arbitrária pela Administração, no prazo de vigência do certame – Interesse de agir que, com base na teoria da substanciação, está configurado – APELAÇÃO DO IMPETRANTE – Desprovimento – Caso concreto em que os documentos apresentados pelo impetrante dão conta da contratação como temporários, de auxiliares de enfermagem, e não de técnicos de enfermagem – Carreiras que, embora semelhantes, não se confundem, desempenhando os auxiliares funções de menor complexidade que os técnicos de enfermagem – Impetrante aprovado para o cargo de técnico de enfermagem – Direito líquido e certo que, nessa medida, à luz do Tema nº 784/STF, não está configurado – Discussão que, se o caso, deverá ser realizada nas vias ordinárias, dada a impossibilidade de dilação probatória em sede de mandado de segurança – Sentença mantida – RECURSOS DESPROVIDOS.

Trata-se de apelação e recurso adesivo reciprocamente interpostos por **LUIS GUSTAVO DARIO** e **MUNICÍPIO DE LUIZ ANTÔNIO**, contra a r. sentença de fls. 151/157 que, nos autos do mandado de segurança, denegou a ordem, por entender o D. Juízo

não haver prova do direito líquido e certo alegado.

Apela o impetrante aduzindo, em linhas gerais, que foi aprovado na 19ª colocação no concurso para técnico de enfermagem do Município de Luiz Antônio, concurso esse aberto apenas para formação de cadastro de reserva. Argumenta que, todavia, tomou conhecimento sobre a contratação de técnicos e auxiliares de enfermagem como autônomos (regime de Recibo de Pagamento Autônomo – RPA), existindo pelo menos 27 profissionais nessa condição na atualidade, conforme quadro de escala horária que instruiu a petição inicial. Afirma que, embora o candidato em cadastro de reserva tenha mera expectativa de direito, a partir do momento em que há a prática de algum ato pela Administração Pública que implique em preterimento dos aprovados, surge o direito líquido e certo à nomeação, o que defende ser o seu caso. Pede, assim, seja o recurso provido, com concessão da segurança (fls. 166/180).

Recorre adesivamente a Municipalidade, arguindo preliminar de falta de interesse processual, uma vez que o concurso público objeto dos autos ainda está no seu prazo de validade, eis que homologado em 22.01.2024, não havendo risco de prejuízo aos interesses do impetrante enquanto não transcorridos os 02 anos desde referida homologação (fls. 193/197).

Recursos tempestivos, estando bem preparado o do impetrante e isento do preparo o do Município.

Contrarrazões apenas pelo impetrado (fls. 198/203).

Parecer da D. Procuradoria de Justiça, opinando pelo provimento somente da apelação (fls. 217/225).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Como acima relatado, trata-se de mandado de segurança por meio do qual o impetrante pretende ver garantido direito líquido e certo à nomeação para o cargo de técnico de enfermagem no Município de Luiz Antônio, diante da notícia de contratação de técnicos e auxiliares de enfermagem como autônomos/temporários, sem que qualquer dos aprovados para o cadastro de reserva tenha sido nomeado até o momento.

O D. Juízo *a quo*, não vislumbrando comprovado o direito líquido e certo alegado, denegou a ordem.

É contra essa deliberação que se voltam os recursos.

De início, passo ao exame da **preliminar** de falta de interesse processual.

Segundo alega o Município, essa matéria foi arguida em suas informações, não tendo sido examinada em primeiro grau, razão pela qual entendeu por bem interpor recurso adesivo que versa exclusivamente a esse respeito.

A propósito, na linha de entendimento esposada no parecer da D. Procuradoria de Justiça, entendo não configurada a falta de interesse de agir.

Isso porque, há direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado no número de vagas, ou apenas para cadastro de reserva, quando, no prazo de validade do concurso, houver contratação precária de funcionários para o mesmo cargo (Tema nº 784 de Repercussão Geral).

No caso concreto, um dos principais fundamentos da pretensão inicial, reside na alegada nomeação de auxiliares e técnicos de enfermagem autônomos/temporários pelo Município, certo de que há aprovados em cadastro de reserva no concurso realizado no ano de 2023 aguardando nomeação.

Assim, e considerando que pela teoria da substanciação, as condições da ação devem ser aferidas no momento da distribuição da ação, à luz do que é relatado pelo autor/impetrante, não há que se falar em falta de interesse processual, ficando a preliminar rechaçada.

Superado esse ponto, quanto ao **mérito**, a meu ver a insurgência não prospera.

Deflui dos autos que o Município impetrado realizou concurso público para provimento, dentre outros cargos, de técnico de enfermagem, no ano de 2023. No caso específico dos técnicos de enfermagem, o certame era voltado exclusivamente para a formação de cadastro de reserva, inexistindo qualquer vaga em aberto (fls. 30/36).

O impetrante foi aprovado na 19ª colocação e, pouco tempo depois de

homologado o concurso – o que se deu em 22.01.2024 (fls. 30) -, tomou conhecimento de que técnicos e auxiliares de enfermagem vinham sendo contratados como autônomos/temporários, em regime designado como “Recibo de Pagamento Autônomo” (RPA), com habitualidade, sendo escalados para praticamente todos os dias do mês, de forma alternada.

Em razão disso, entendeu que foi indevidamente preterido, sobretudo se considerado que a escala dos temporários é integrada por 27 funcionários, o que lhe garantiria, nos termos da jurisprudência sobre o tema, direito subjetivo à nomeação mesmo na colocação em que foi classificado.

Com efeito, consolidou o Tema nº 784 de Repercussão Geral a seguinte orientação:

“Tema nº 784. 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.”

A partir disso, conclusões relevantes podem ser extraídas, sendo as principais para o que importa nesta demanda: **(i)** a aprovação do candidato em cadastro de reserva não gera, por si só, direito subjetivo à nomeação para o cargo, havendo, nesse caso, mera expectativa de direito; e **(ii)** no entanto, mesmo no caso de o aprovado estar fora das vagas previstas no edital, se comprovada a preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração durante o prazo de validade do certame, o direito subjetivo à nomeação pode ser reconhecido.

Na hipótese vertente, argumenta o impetrante que estaria havendo preterição arbitrária e imotivada pelo Município de Luiz Antônio, ao contratar 27 funcionários temporários para o mesmo cargo em que foi aprovado, o que faria emergir o seu direito subjetivo à nomeação.

Para tanto, apresentou o impetrante as planilhas de fls. 26 e 107, consistentes nas escalas dos funcionários temporários em questão, para os meses de março e abril de 2024.

Ocorre que o Município, em suas informações, mencionou que referidas escalas se referem exclusivamente a auxiliares de enfermagem temporários, e não a técnicos de enfermagem, certo de que o impetrante foi aprovado para o cargo de técnico de enfermagem.

As planilhas de fls. 26 e 107 não indicam para qual cargo os funcionários temporários foram contratados, havendo apenas menção ao nome completo de cada um deles, o número de inscrição perante o COREN, e os dias para os quais foram escalados para trabalhar.

Por iniciativa desta relatoria foi procedida à consulta de algumas das inscrições dos funcionários mencionados na planilha de fls. 107, que é mais recente (<https://servicos.coren-sp.gov.br/consulta-de-profissionais/>), sendo possível constatar que aqueles com número de inscrição inferior a 1.000.000, atuam apenas como auxiliares de enfermagem, ao passo de que aqueles com número de inscrição superior a 1.000.000, podem atuar como auxiliares e técnicos de enfermagem perante o COREN.

A partir dessa informação, conclui-se que, na realidade, houve a contratação de apenas 07 técnicos de enfermagem temporários pelo Município e de 20 auxiliares de enfermagem, e não de 27 técnicos de enfermagem, como mencionado pelo impetrante.

Pertinente consignar que embora semelhantes, as funções de técnico e auxiliar de enfermagem são diversas, cabendo a este último realizar tarefas com menor complexidade.

Frise-se, ainda, que pelos elementos coligidos aos autos, não é possível afirmar com a convicção que o caso demanda, que mesmo a contratação temporária de técnicos de enfermagem, não tenha se dado para a função de auxiliar de enfermagem. De

fato, nada impede que o técnico de enfermagem, que conta com uma formação mais completa, venha a desempenhar função de auxiliar, se isso for do seu interesse.

Nesse contexto, é inviável, para fins de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação pretendido pelo impetrante, equiparar-se a contratação temporária de um auxiliar de enfermagem à de um técnico de enfermagem.

Aliás, sem que se saiba para qual função exata os profissionais listados às fls. 26 e 107 foram contratados, o preterimento arbitrário e imotivado na nomeação do impetrante e demais candidatos com melhor classificação que ele, não se caracteriza.

Como se sabe, o mandado de segurança, não admite dilação probatória, de modo que é inviável oportunizar ao impetrante a complementação dos documentos apresentados.

Nessa medida, por insuficiência de provas, entendo não configurado o direito líquido e certo alegado, o que não impede venha o impetrante a rediscutir a questão em ação de rito ordinário, com dilação probatória acerca de suas alegações, sobretudo se considerado que o prazo de validade do concurso expira apenas em janeiro de 2026.

O caso, assim, é de manutenção da r. sentença, nos termos em que proferida.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** aos recursos.

Sem condenação em honorários, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando ser pacífico perante o C. Superior Tribunal de Justiça que, para fins de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido abordada no processo.

Tânia Ahualli
Relatora