

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE LIMEIRA

FORO DE LIMEIRA

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

VIA ANTÔNIO CRUAÑES FILHO (ANEL VIÁRIO - EM FRENTE À HÍPICA MUNICIPAL), Limeira - SP - CEP 13480-672

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min**SENTENÇA**

Processo Digital nº: **1004909-78.2023.8.26.0320**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum Cível - DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO-Responsabilidade da Administração-Indenização por Dano Moral-Concurso Público - Nomeação/Posse Tardia**
 Requerente: **Vinícius Cominato**
 Requerido: **PREFEITURA MUNICIPAL DE LIMEIRA**

Tramitação prioritária

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Sabrina Martinho Soares****Vistos.**

VINÍCIUS COMINATO ajuizou ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada cumulada com indenização por dano morais contra o **MUNICÍPIO DE LIMEIRA**. Narra que foi aprovado em segundo lugar nas vagas destinadas a afrodescendentes para o cargo de Tecnólogo em Edificações, concurso que dispunha de 4 vagas, de forma que o aprovado em primeiro lugar dos candidatos afrodescendentes ocuparia a terceira vaga disponível. O autor teve conhecimento que houve anulação da posse concedida ao primeiro colocado afrodescendente (Portaria n.º 2.446/2021) e, assim, aguardando sua convocação, essa não aconteceu e foi admitido participante da listagem comum. Requereu liminar para suspender os efeitos do edital n. 06/2017 a fim de que o réu não empossasse quaisquer outros candidatos. Pleiteou, em decorrência da cota destinada aos afrodescendentes, sua posse em relação ao cargo de Tecnólogo em Edificações, além da condenação do réu a indenização por danos morais em valor não inferior a 10 (dez) salários mínimos, ou valor fixado ao arbítrio da magistrada (fls.1/8). Documentos (fls. 9/159).

O pedido liminar foi indeferido, no entanto, com base no poder geral de cautela, houve determinação de reserva de vaga com o fim de evitar o perecimento do direito invocado (fls. 219/221).

O Município de Limeira apresentou contestação. Sustenta haver seguido os devidos ritos para eficiência e impessoalidade do processo seletivo do referido edital e reiterou a classificação apresentada pelo autor na exordial. Argui que as nomeações ocorrem segundo a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE LIMEIRA

FORO DE LIMEIRA

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

VIA ANTÔNIO CRUAÑES FILHO (ANEL VIÁRIO - EM FRENTE À HÍPICA MUNICIPAL), Limeira - SP - CEP 13480-672

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

necessidade da área pleiteada e as possibilidades orçamentárias da administração pública municipal. Sustenta ainda que o autor não pode solicitar nomeação que não esteja em conformidade com a ordem corrente da classificação comum dos não cotistas. Assevera ainda inexistência de danos morais (fls. 226/237). Documentos (fls. 238/241).

Houve réplica (fls. 246/249).

As partes informaram que não tem outras provas a produzir (fls. 253 e 256).

É o relatório.

Fundamento e decido.

O feito comporta julgamento antecipado, nos termos do artigo 355, inciso I, do Novo Código de Processo Civil, pois suficiente ao deslinde da causa a prova documental acostada.

Não há preliminares a examinar.

A ação procede em parte, pelas razões que passo a expor.

Com efeito, como já mencionado às fls. 219/221, os atos administrativos possuem presunção relativa de legitimidade e de correção. Válido trazer as lições de Hely Lopes Meirelles sobre o tema: *“Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental. Além disso, a presunção de legitimidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos para só após dar-lhes execução. A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que arguidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém, não sobrevier o pronunciamento de nulidade os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, (...). Outra consequência da presunção de legitimidade é a transferência do ônus da prova da invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia”*- Direito Administrativo Brasileiro, Hely Lopes Meirelles, 22ª edição, ed. Malheiros, p. 141/142.

Contudo, tal presunção é relativa, podendo ser ilidida se verificados vícios no ato questionado.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE LIMEIRA

FORO DE LIMEIRA

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

VIA ANTÔNIO CRUAÑES FILHO (ANEL VIÁRIO - EM FRENTE À HÍPICA MUNICIPAL), Limeira - SP - CEP 13480-672

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

No presente caso, a ré invoca o princípio da vinculação ao edital e o disposto no item 5.11 do Edital 06/2017 para justificar a forma como procedeu as convocações dos candidatos que concorreram com o autor. Tal item assim prevê:

"O primeiro candidato negro, negra ou afrodescendente classificado no concurso público será nomeado para ocupar a terceira vaga que vier a surgir para o cargo efetivo ao qual concorreu, enquanto os demais serão nomeados a cada intervalo de 5 (cinco) cargos providos".

Tem-se, no entanto, que a Lei nº 12.990/14, que pode ser aplicada por analogia, dispõe em seu art. 3º, § 2º que em caso de desistência de candidato negro aprovado em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificado:

"Art. 3º Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.

§ 1º Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas.

§ 2º Em caso de desistência de candidato negro aprovado em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificado. (...)"

Ainda que no caso em análise o candidato negro aprovado em primeiro lugar não tenha desistido da vaga, consoante documento de fls. 241, a anulação do ato de posse levada a efeito pela ré não tem o condão de alterar a ordem da convocação dos candidatos, preterindo os da lista especial, pois tal importaria em vulneração do sistema de cotas, ferindo inteligência do disposto no art. 4º da Lei 12.990/14.

Válido salientar que a ré não justificou porque anulou o ato de posse do candidato aprovado na frente do autor. Mesmo que o fizesse, ter-se-ia evidenciada a preterição do autor vez que desistência e anulação do ato de posse possuem efeito prático equivalente, impondo-se concluir que a convocação do candidato negro subsequente prestigiaria a política pública afirmativa prevista no edital do certame.

Logo, procede em parte a ação, tendo o autor direito subjetivo à nomeação e posse para o cargo em que fora aprovado.

Quanto aos danos morais sustentados, melhor sorte não assiste ao autor, vez que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE LIMEIRA

FORO DE LIMEIRA

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

VIA ANTÔNIO CRUAÑES FILHO (ANEL VIÁRIO - EM FRENTE À HÍPICA MUNICIPAL), Limeira - SP - CEP 13480-672

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

não emergem das circunstâncias noticiadas hipótese ensejadora da compensação pretendida.

Isso porque a conduta da ré não demonstra excesso ou má-fé dirigida ao candidato ensejadora de sofrimento desnecessário, mas, sim interpretação equivocada das regras de classificação dos aspirantes aos cargos em questão.

Não se ignora os aborrecimentos decorrentes de tais circunstâncias suportados pelo autor, porém, pelo ajuizamento da presente ação, onde se atribuiu a melhor interpretação da norma, em tempo necessário à tramitação da insurgência manifestada, não se vê fundamento para a indenização pretendida. Nesse sentido o C. Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que *"é indevida indenização pelo tempo em que se aguardou solução judicial definitiva sobre aprovação em concurso público"* (AgRg no RE 593.373, Segunda Turma, Min. Joaquim Barbosa, DJ de 18/4/2011).

Em idêntico sentido, o STJ considera que, *"se a nomeação foi decorrente de sentença judicial, o retardamento não configura preterição ou ato ilegítimo da Administração Pública a justificar uma contrapartida indenizatória"* (EREsp 1.117.974/RS, Corte Especial, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJe 19/12/11).

Ainda sobre o tema:

APELAÇÃO – CONCURSO PÚBLICO – Cota racial – Preterição - Lei Municipal nº nº 3.734/2008 e Lei federal nº 12.990/2014 – Alegação de cumprimento da regra com a convocação do primeiro classificado da lista de aspirantes afrodescendentes - Preterição – Pedido julgado improcedente - Candidato que optou pela nomeação na condição de 5º classificado na lista de classificação geral – Não atendimento da cota - Escolha de ordem subjetiva do convocado que não deve prejudicar os demais concorrentes quotistas – Intelicção do Direito constitucional de acesso aos cargos públicos, e da efetivação do benefício legal relativo a reserva de vagas para candidatos negros e pardos - Dicção do art. 3º, §1º, da Lei Federal nº 12.990/2014 – Dano moral, todavia, descabido - Apelação parcialmente provida. (TJSP; Apelação Cível 1004027-19.2017.8.26.0291; Relator (a): Ana Liarte; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Jaboicabal - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/08/2021; Data de Registro: 05/08/2021)

Assim, a parcial procedência da ação é medida que se impõe.

Pelo exposto, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil,

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE LIMEIRA

FORO DE LIMEIRA

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

VIA ANTÔNIO CRUAÑES FILHO (ANEL VIÁRIO - EM FRENTE À
HÍPICA MUNICIPAL), Limeira - SP - CEP 13480-672**Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min**

JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação que VINÍCIUS COMINATO moveu contra o Município de Limeira, e o faço para condenar a ré a promover imediata convocação e posse do autor em relação ao cargo para o qual fora aprovado em 2º lugar na lista especial (com cota destinada a afrodescententes).

Em face da sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade das custas e despesas processuais, assim como com o pagamento de honorários advocatícios em favor da parte adversa, que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §2º, do Código de Processo Civil, ficando vedada a compensação, a teor do artigo 85, §14, do diploma processual.

P.I.

Limeira, 14 de setembro de 2023.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**