

RECURSO DE MEDIDA CAUTELAR Nº 5019694-96.2016.404.7100/RS

RELATOR : **ANDREI PITTEN VELLOSO**
RECORRENTE : **EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - EBSEH**
RECORRIDO : **LUCIANA GONCALVES BRAZ**
ADVOGADO : **BIANCA MOREIRA DUTRA**
: **ROSANA BEATRIZ SOUZA BITTENCOURT DAMIN**
INTERESSADO : **INSTITUTO AOCP**

ACÓRDÃO

ACORDAM os Juízes da 5ª TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DO RIO GRANDE DO SUL, por unanimidade, negar provimento ao recurso de medida cautelar, nos termos do voto do(a) Relator(a).

Porto Alegre, 23 de junho de 2016.

Andrei Pitten Velloso
Juiz Federal Relator

Documento eletrônico assinado por **Andrei Pitten Velloso, Juiz Federal Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.jfrs.jus.br/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **12371681v3** e, se solicitado, do código CRC **B45F69C9**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Andrei Pitten Velloso
Data e Hora: 24/06/2016 14:52

RECURSO DE MEDIDA CAUTELAR Nº 5019694-96.2016.404.7100/RS

RELATOR : **ANDREI PITTEN VELLOSO**
RECORRENTE : **EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - EBSEH**
RECORRIDO : **LUCIANA GONCALVES BRAZ**
ADVOGADO : **BIANCA MOREIRA DUTRA**
: **ROSANA BEATRIZ SOUZA BITTENCOURT DAMIN**
INTERESSADO : **INSTITUTO AOCP**

VOTO

Trata-se de recurso de medida cautelar interposto pela EBSEH contra decisão, proferida pelo juízo de origem, que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pela parte autora.

O pedido liminar restou indeferido.

A recorrida, intimada, manifestou-se.

É o breve relato. Passo a decidir.

A fim de evitar repetições desnecessárias, valho-me das razões já lançadas na decisão que indeferiu o pedido de concessão de efeito suspensivo:

Trata-se de recurso de medida cautelar interposto pela EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - EBSEH contra decisão proferida pelo julgador de origem que deferiu a antecipação de tutela pretendida pela autora nos seguintes termos, in verbis (Evento 20 - DESPADECI do feito originário):

Luciana Gonçalves Braz ajuizou a presente ação contra Instituto AOCP e EBSEH - Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, postulando sua nomeação como cotista no cargo de Técnico em Enfermagem em vista de preterição injustamente realizada.

Argumenta que: (a) pelo critério das cotas, classificou-se em 7º lugar e, pelo critério da ampla concorrência, em 58º lugar; no Concurso Público n.º 02/2015 EBSEH/HE-UFPEL - ÁREA ASSISTENCIAL - Edital 3, para provimento do cargo de Técnico em Enfermagem; (b) foram nomeados, até o momento, 9 candidatos cotistas e 27 candidatos da ampla concorrência; (c) por estar classificada entre as 202 vagas de ampla concorrência oferecidas pela EBSEH, a autora não foi nomeada para ocupar as 9 primeiras vagas de cotistas em razão da interpretação do § 1º do art. 3º da Lei 12.990/2014 feita pela Administração; (d) todavia, ainda que haja direito à nomeação numa das 202 vagas de ampla concorrência, tal preterição lhe ocasiona diversos prejuízos, inclusive de ordem financeira.

No evento 7, foi proferida decisão indeferindo a antecipação dos efeitos da tutela.

Em resposta ao pedido de reconsideração retro, revejo o posicionamento adotado na decisão do evento 7. Adoto como razões de decidir as expandidas pelo Excelentíssimo Juiz Federal Everson Guimarães Silva, que, em caso análogo ao dos presentes autos, processo n.º 5007113-53.2015.4.04.7110, assim fundamentou decisão liminar:

Embora a redação do §1º do art. 3º da Lei 12.990/94 refira, expressamente, que os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas, a aplicação da norma tem que ser relativizada se, no caso concreto, os candidatos negros inseridos no número de vagas para ampla concorrência tiverem sua nomeação preterida por outros candidatos cotistas em inferior classificação.

*Para que isso não ocorra, o candidato cotista, **aprovado no certame, deve ocupar as duas listas: a de ampla concorrência e a de cotas, até que ocorra a sua nomeação em uma das duas (a que sobrevier primeiro). Assim, não pode ser excluído de quaisquer listagens.***

*Se os candidatos cotistas, em obediência ao caput do art. 3º, concorrem **concomitantemente** às vagas das duas listas, é para que, logicamente, tenham o benefício de serem nomeados na lista em cuja ordem de nomeação ocorrer primeiro. Esse é o benefício instituído pelo sistema das cotas. Pretender apenas a concorrência sob dois critérios, sem que o benefício da nomeação leve em conta essas duas possibilidades é subverter a lógica do sistema.*

No caso do autor, se nove nomeações de cotistas foram realizadas, é certo que, estando o demandante classificado, como cotista, em nono lugar, foi injustamente preterido, porque não nomeado.

Ocorre que ele foi excluído da lista de cotistas pela sua classificação dentro das 202 vagas ofertadas à ampla concorrência, o que vai de encontro à predileção legal. Se o candidato negro obtém resultado no certame que o possibilite dispensar o benefício legal das cotas, classificando-se dentro das vagas oferecidas pelo edital, não é razoável, que seja nomeado depois daqueles cotistas que obtiveram classificação à sua retaguarda.

Não há dúvidas de que a interpretação dada pela Administração Pública acerca do §1º do art. 3º da Lei 12.990/2014 no caso concreto está equivocada. E Interpretar a norma em sentido diverso implica em negar o benefício que a lei pretende assegurar; obstaculizando o privilégio dado pela reserva de vagas aos cotistas, pois o benefício legal não está limitado à reserva de vagas, mas, em última análise, à preferência na ocupação dos postos públicos de trabalho.

Incontrovertida, portanto, a verossimilhança do direito alegado.

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação também está, igualmente, presente.

Integrante das 202 vagas para ampla concorrência, a nomeação do autor, por essa modalidade, pode demorar o período correspondente ao prazo de validade do concurso - dois anos, segundo item 14.2 do Edital - edital7.

Não se desconhece a tese pacificada nos Tribunais de que o candidato aprovado dentro do número de vagas em concursos públicos tem direito à nomeação e não mera expectativa de direito.

Todavia, no caso concreto, a espera pela nomeação do autor é prejudicial ao demandante, uma vez que outro candidato igualmente cotista em pior classificação já está no exercício das atividades do cargo pretendido, auferindo, inclusive, salário.

O direito do autor à nomeação como cotista e o risco de dano irreparável e de difícil reparação são, ao menos em juízo perfunctório, evidentes, razão pela qual, preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC, a antecipação de tutela pretendida deve ser deferida.

Nesse sentido a jurisprudência vai se firmando:

*Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu o pedido de antecipação de tutela formulado em mandado de segurança que objetiva garantir ao impetrante, na condição de primeiro colocado às vagas destinadas a negros e pardos para professor de informática, a escolha da terceira lotação, tendo em vista a disposição editalícia nesse sentido. É o relatório. Decido .O pleito do agravante deve prosperar. Com efeito, conforme se observa dos documentos juntados aos autos, o impetrante foi o único selecionado para o cargo de professor na área de informática na cota destinada a negros e pardos - consoante o Edital de Homologação nº 02/2015 de 06 de janeiro de 2015, publicado no DOU de nº 4, seção 3, página 54, em 7 de janeiro de 2015. Posteriormente, houve a retificação do referido edital de homologação - publicada no DOU de nº 9, seção 3, página 67, em 14 de janeiro de 2015 -, constando o impetrante como quarto colocado dentro da concorrência geral, com a ressalva de que Não houve candidatos Negros ou Pardos classificados conforme Lei Nº 12.990, de 9 de junho de 2014, Artigo 3º, §1º. Tal norma legal, que foi expressamente adotada pela autoridade coatora, assim dispõe, in verbis: 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.(...) **O dispositivo em comento deve ser interpretado racionalmente, em consonância com a sua finalidade, qual seja, garantir a ampla aplicação da ação afirmativa. Desse modo, a regra dispõe que o candidato negro concorrerá tanto às vagas de ampla concorrência quanto às vagas reservadas com o escopo de estender a sua participação nos certames, garantindo que, na eventualidade de existir uma disputa mais acirrada dentre os cotistas, aquele aprovado que obteve pontuação suficiente na listagem geral possa alcançar o cargo público almejado .Cumprido destacar que a regra editalícia foi clara no sentido de que o primeiro candidato negro ou pardo aprovado neste Concurso será convocado para ocupar a 3ª vaga aberta, relativa à área/cargo para a/o qual concorreu. Desse modo, o disposto no art. 3º, §1º, da Lei nº 12.990/14 não prejudica a prerrogativa prevista no edital de abertura do concurso, já que o que a norma determinou é que os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não seriam computados para o preenchimento das vagas reservadas. Com isso, buscou-se possibilitar a convocação de outros candidatos aprovados que se declarassem negros ou pardos caso os primeiros colocados dentre os cotistas alcançassem notas suficientes para a aprovação na listagem geral, o que não pode prejudicar justamente os destinatários da proteção da norma. Nesse sentido, pertinente a observação do agravante no sentido de que, prosperando a interpretação conferida pela Administração, poder-se-ia vislumbrar uma situação esdrúxula em que um candidato cotista com desempenho inferior ao do impetrante que eventualmente fosse aprovado teria a prerrogativa de escolher a lotação antes dele, o que***

certamente não deve prosperar. Assim, plenamente demonstrado o fumus boni iuris. O periculum in mora resta evidente também, tendo em vista os prejuízos que advirão com a postergação da tutela e o efetivo exercício da função pública em localidade diversa. Por esses motivos, com fulcro no art. 557 do CPC e art. 37, § 2º, II do R.I. da Corte, dou provimento ao agravo de instrumento. Intime-se. Publique-se. (TRF4, AG 5006366-93.2015.404.0000, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 20/02/2015)

Deve ser, portanto, relativizada a regra contida no § 1º do artigo 3º da Lei 12.990/94, quando houver risco de preterição de candidato cotista melhor colocado por candidato cotista pior colocado, atendendo, assim, mais adequadamente à intenção do legislador.

No caso dos autos a parte autora se classificou em 58º lugar pelo critério de ampla concorrência e em 7º lugar pelo critério das cotas. Foram convocados para assumir o cargo os 27 primeiros colocados pela ampla concorrência. Para o preenchimento das vagas reservadas aos cotistas, foram convocados apenas aqueles abaixo da classificação n.º 202 pela ampla concorrência, pois, numa interpretação literal do §1º do art. 3º da Lei 12.990/94, todos aqueles cotistas classificados pela lista geral até a posição n.º 202 deveriam aguardar sua convocação pela ampla concorrência, haja vista a previsão de 202 vagas no edital do concurso. No entanto, conforme suprarreferido, esta não é a aplicação correta da lei.

Tendo se classificado em 7º lugar na lista de classificação pelo critério das cotas, e tendo sido efetuada convocação para preenchimento de 9 vagas a candidatos cotistas, certo é que deveria ter sido a autora convocada para assumir o cargo, sob pena de ser vítima de preterição por candidato cotista pior classificado no concurso, o que de fato ocorreu.

Ante o exposto: defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para determinar às corrés que procedam à nomeação da autora para o cargo de Técnica em Enfermagem do Hospital Escola da Universidade Federal de Pelotas como candidata cotista classificada em 7º lugar, assegurando-lhe todos os direitos concernentes, até ulterior deliberação judicial, e sem prejuízo dos demais candidatos já convocados, haja vista ainda não terem sido preenchidas integralmente as vagas previstas no edital do concurso tanto para cotistas como para a ampla concorrência.

Intimem-se as partes, sendo a EBSERH para que cumpra a presente decisão no prazo máximo de 10 (dez) dias.

Refere a recorrente que a parte autora já foi convocada para o emprego de técnico em enfermagem, conforme edital nº 139/2016, razão pela qual haveria a perda superveniente do interesse de agir.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo ao recurso para fins de cassar a liminar deferida.

Vejamos.

Conforme documento acostado no Evento 46 - OUT2 do processo originário, verifico que a parte autora foi efetivamente convocada para o cargo de técnico em enfermagem.

Não há, assim, qualquer urgência na concessão da liminar recursal, tendo em vista que já houve a nomeação da parte autora para o cargo de técnico em enfermagem do Hospital Escola da Universidade Federal de Pelotas, ainda que em vaga diversa, devendo a parte ré apenas observar os direitos referentes à nomeação que deveria ter sido feita observando-se a classificação como candidata cotista classificada em 7º lugar.

No que tange às preliminares trazidas no recurso, tais dizem respeito ao mérito da demanda, não sendo relacionadas diretamente com a antecipação de tutela deferida, razão pela qual não são conhecidas.

Ante o exposto, indefiro o efeito suspensivo pleiteado pela recorrente, na forma da fundamentação.

Não vejo motivos para alterar os fundamentos anteriores, razão pela qual nego provimento ao recurso interposto.

Sem condenação em custas e honorários advocatícios.

Ante o exposto, voto por **negar provimento** ao recurso de medida cautelar.

Andrei Pitten Velloso
Juiz Federal Relator

Documento eletrônico assinado por **Andrei Pitten Velloso, Juiz Federal Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.jfrs.jus.br/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **12371680v2** e, se solicitado, do código CRC **9A4D519F**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Andrei Pitten Velloso

Data e Hora: 31/05/2016 17:04
