PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA PARAÍBA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DES. JOSÉ RICARDO PORTO

DECISÃO MONOCRÁTICA

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000473-62.2016.815.0541
RELATOR : Des. José Ricardo Porto
APELANTE : Vanessa Aluska dos Santos Ferreira
ADVOGADO : Buarque Berque Fernandes Alves (OAB/PB nº 8.360)
APELADO : Município de Pocinhos
ADVOGADO : Ranuzhya Francisrayne Montenegro da Silva Carvalho (OAB/RJ nº 151.635)

APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DAS OPORTUNIDADES OFERTADAS NO INSTRUMENTO EDITALÍCIO. DESISTÊNCIAS E NÃO ATENDIMENTO À CONVOCAÇÃO DE OUTROS CANDIDATOS, TODOS EM MELHOR CLASSIFICAÇÃO. IMPETRANTE QUE PASSA A INTEGRAR O NÚMERO DE CLARÕES PREVISTOS NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. REFORMA DO DECRETO JUDICIAL ATACADO. RECENTE JULGADO DO PRETÓRIO EXCELSO EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. PROVIMENTO MONOCRÁTICO DA IRRESIGNAÇÃO. UTILIZAÇÃO DO ARTIGO 932, V, "*b*", DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

- O candidato aprovado, inicialmente, fora do número de oportunidades oferecido no edital, passa a integrar aquelas vagas, caso haja, dentro do prazo de validade do certame, número suficiente de desistências/exonerações/não atendimento a convocação de concorrentes em melhor classificação.

- "*O direito à nomeação também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, mas que passe a figurar entre as vagas em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior.*" (STF. ARE 956521 AgR / ES - ESPÍRITO SANTO. Rel. Min. Roberto Barroso. J. em 28/10/2016).

- "*Art. 932. Incumbe ao relator:*
(...)
V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:
(...)

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;" (Art. 932, IV, b), do NCPC)

- "*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*." (STF - RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016) (Grifei)

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por **Vanessa Aluska dos Santos Ferreira**, desafiando decisão lançada pelo Juízo de Direito da Comarca de Pocinhos **que**, nos autos de mandado de segurança por ela impetrado, desacolheu o pedido de nomeação da impetrante no concurso público para professor de matemática da zona urbana do Município de Pocinhos, considerando não haver provas do direito líquido e certo.

Irresignada, a promovente interpôs apelo de fls. 163/167, asseverando que foi aprovada na 5ª (quinta) colocação, de um total de 2 (duas) vagas.

Ocorre que, a Edilidade convocou os 3 (três) primeiros colocados. Havendo a desistência do primeiro lugar, chamou o aprovado na 4º (quarta) posição, vindo

este, também, a não comparecer.

Assim, aduz que o município passou a contratar prestadores de serviço para ocuparem as mesmas funções dos concursados.

Outrossim, sustenta que a decisão combatida é insubsistente ao afirmar que não foram acostadas as provas necessárias para comprovar o seu direito autoral, haja vista não ter apresentado documentos demonstrando os fatos alegados.

Ao final, requer o provimento do apelo com a consequente concessão da segurança postulada (fls. 163/167).

Contrarrazões apresentadas às fls. 170/173.

Instada a pronunciar-se, a Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do apelo (fls. 181/185).

É o breve relatório.

DECIDO

Pois bem, colho dos autos que a Prefeitura Municipal de Pocinhos realizou concurso público no ano de 2014, cujo Edital de Abertura nº 01/2014 (retificado pelo Edital nº 02/2014), acostado às fls. 22, disponibilizou 02 (duas) vagas para **Professor de Matemática B1 (zona urbana).**

Ademais, observo que o certame foi homologado em 02/03/2015 (fls. 23), ficando a postulante classificada na 5ª (quinta) posição para o cargo acima em referência (fls. 24).

Em seguida, constato que o concurso, inicialmente, possui vigência até o dia 02 de março de 2017, podendo ser prorrogado por mais 02 (dois) anos.

Somadas a essas assertivas, verifico que, no prazo de validade, após a convocação para o preenchimento de 03 (três) vagas, malgrado o edital ter previsto apenas 2 (duas), o primeiro e o quarto classificados deixaram de tomar posse, de modo que, entendo que a impetrante, apesar de posicionada na quinta colocação, inicialmente, fora da quantidade de clarões oferecida (02), passou a integrar esse montante com o não atendimento à chamada de outros concorrentes melhor posicionados (1º e 4º colocados).

Nesse sentido, trago à baila recentíssimos julgados do Supremo Tribunal Federal:

> "*AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, LXIX, DA CONSTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. CONCURSO PÚBLICO.* ***CANDIDATO CLASSIFICADO, INICIALMENTE, FORA DO NÚMERO DE VAGAS. DESISTÊNCIA DE CANDIDATOS EM COLOCAÇÃO SUPERIOR. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.*** *PRECEDENTES. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO DE NOVA*

> *SUCUMBÊNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.*" (STF. ARE 1005047 AgR / PB – PARAÍBA. Rel. Min. Luiz Fux. J. em 10/02/2017). (Grifei)
>
> *"AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Administrativo. Alegada violação ao artigo 5º, XXXV, da constituição. Ausência de prequestionamento. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356 do STF. Concurso público.* ***Candidato classificado, inicialmente, fora do número de vagas. Desistência de candidatos em colocação superior. Direito subjetivo à nomeação. Precedentes.*** *Violação ao princípio da separação de poderes. Inocorrência. Recurso interposto sob a égide do código de processo civil de 2015. Mandado de segurança. Impossibilidade de majoração de honorários advocatícios nesta sede recursal. Artigo 85, § 11, do CPC/2015. Agravo interno desprovido."* (STF; Ag-RE-AgR 1.004.069; Primeira Turma; Rel. Des. Luiz Fux; DJE 11/05/2017). (Grifei)
>
> "*DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO QUE PASSA A FIGURAR DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO CLASSIFICADO EM COLOCAÇÃO SUPERIOR. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 2º DA CF/88. IMPROCEDÊNCIA. 1. O Plenário desta Corte firmou entendimento no sentido de que possui direito subjetivo à nomeação o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital de concurso público (RE 598.099-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes; e RE 837.311-RG, Rel. Min. Luiz Fux). 2.* ***O direito à nomeação também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, mas que passe a figurar entre as vagas em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior.*** *Precedentes. 3. A jurisprudência desta Corte e pacífica no sentido de que não viola o princípio da separação de Poderes o exame, pelo Poder Judiciário, de ato administrativo tido por ilegal ou abusivo. Precedentes. 4. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. 5. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.*" (STF. ARE 956521 AgR / ES - ESPÍRITO SANTO. Rel. Min. Roberto Barroso. J. em 28/10/2016). (Grifei)

Por oportuno, destaco que o presente caso não se trata de nomeação em razão da criação de novas vagas, e sim do não preenchimento dos clarões porquanto os candidatos não tomaram posse, fato que demonstra a disponibilidade financeira e a necessidade de preenchimento daqueles cargos.

Apenas como um *plus*, de modo a reforçar a solidez jurídica das alegações da recorrente, infere-se que a Edilidade realizou processo seletivo para a contratação de servidores temporários para a mesma função de professor de matemática, dentro do prazo de validade do concurso (fls. 41/42), mesmo existindo cargos vagos e postulantes aptos a serem nomeados.

Acerca do tema, cito precedente do Pretório Excelso:

> "*AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA. DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU A SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A natureza excepcional da contracautela permite tão somente juízo mínimo de delibação sobre a matéria de fundo e análise do risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. II – Decisão agravada que indeferiu o pedido de contracautela diante da ausência de comprovação da alegada lesão e da indisponibilidade financeira para o cumprimento das decisões. III – O Supremo Tribunal Federal já decidiu que os aprovados em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital possuem direito à nomeação. Precedente. IV –* ***A contratação precária mediante terceirização de serviço configura preterição na ordem de nomeação de aprovados em concurso público vigente, ainda que fora do número de vagas previstas no edital, quando referida contratação tiver como finalidade o preenchimento de cargos efetivos vagos.*** *Precedentes. V – Não se configura preterição quando a Administração realiza nomeações em observância a decisões judiciais. Precedentes. VI – Alegações suscitadas na peça recursal que ultrapassam os estreitos limites da presente via processual e concernem somente ao mérito, cuja análise deve ser realizada na origem, não se relacionando com os pressupostos da suspensão de segurança. VII – Agravo regimental a que se nega provimento.*" (STF. SS 5026 AgR / PE – PERNAMBUCO. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. J. em 07/10/2015). (Grifei)

Por último, não é demasia mencionar o RE 837311/PI, cuja relatoria pertenceu ao Min. Luiz Fux, julgado em 09/12/2015, publicado em 18/04/2016**,** em sede de repercussão geral, no bojo do qual Supremo Tribunal Federal concebeu o seguinte:

> *"EMENTA: 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. ARBÍTRIO. 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 encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional. 5. Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover 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, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários. 6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro 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 surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inocorrência 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.* (STF - RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016) (Grifei)

Ora, no caso restou mais do que patente a preterição na nomeação da suplicante, porquanto apesar de classificada inicialmente fora das oportunidades previstas no edital, passou a integrar esse montante com o não atendimento à convocação de outros candidatos, todos mais bem posicionados, aliado ao fato de que a edilidade mantém contratações temporárias para as mesmas funções do cargo para o qual prestou concurso público.

Com essas considerações, nos termos do art. 932, V, *b)*, da Nova Legislação Adjetiva Civil, **DOU PROVIMENTO AO APELO**, concedendo a segurança postulada no presente *mandamus* para que a promovente seja empossada no cargo ao qual obteve aprovação.

Publique-se.

Intime-se. Cumpra-se.

João Pessoa, 23 de agosto de 2017.

José Ricardo Porto
Desembargador Relator

J12/R02