



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

DECISÃO MONOCRÁTICA

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0107585-17.2012.815.2001

RELATOR : Des. José Ricardo Porto.

APELANTE : Walber Bruno de Moraes Santos Cardoso

ADVOGADO : Marcelo Martins de Santana (OAB/PB nº 16.373).

**APELADO : Estado da Paraíba, representado por sua Procuradora,
Daniele Cristina C. T. de Albuquerque**

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO. CANDIDATO APROVADO FORA DOS CLARÕES OFERTADOS NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. SERVIDORES ADMITIDOS DE FORMA PRECÁRIA QUE, POR SI SÓ, NÃO INDUZ EM PRETERIÇÃO. AUSÊNCIA DE VAGAS EM NÚMERO SUFICIENTE A ALCANÇAR A POSIÇÃO DO AUTOR. JULGAMENTO REALIZADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO APELATÓRIO.

- O candidato aprovado em concurso fora do número das vagas ofertadas no instrumento convocatório, somente fará *jus* à nomeação na situação em que surgem cargos desocupados no prazo de validade do certame e em número suficiente a alcançar a sua classificação.

- O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, firmou a tese 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, caracterizada por comportamento tácito ou expreso 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: 1 –*

Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2 – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; 3 – 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.” (STF. Tribunal Pleno. Repercussão Geral. RE 837311. Rel. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. J. em 09/12/2015)

- “A contratação precária somente configuraria preterição na ordem de nomeação de aprovados em concurso vigente, ainda que fora do número de vagas previsto no edital, se referida contratação tivesse como finalidade o preenchimento de cargos efetivos vagos, o que não ocorreu na espécie. Não basta, portanto, a demonstração de necessidade do serviço, sendo imprescindível que seja, de plano, comprovado o surgimento de mais cargos de auxiliar de serviço, por Lei, exoneração ou vacância, porquanto todos os candidatos aprovados dentro do número de vagas ofertadas no edital foram nomeados. Diante da ausência de prova préconstituída suficiente à demonstração da liquidez e certeza do direito invocado, agiu com acerto o magistrado singular ao denegar a segurança.”

(TJPB - APL 0000809-68.2013.815.0251; Primeira Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Leandro dos Santos; DJPB 11/06/2015; Pág. 13).

VISTOS.

Trata-se de Apelação Cível interposta por **Walber Bruno de Moraes Santos Cardoso**, desafiando sentença lançada pelo Juízo de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública da Capital **que**, nos autos da presente Ação Ordinária movida em face do **Estado da Paraíba**, **julgou improcedente o pleito autoral, referente a sua nomeação como Agente Penitenciário de 2ª Entrância.**

Em suas razões recursais (fls. 388/401), o promovente, ora apelante, afirma que prestou concurso público para o referido cargo, logrando êxito na 646ª posição, de um total 428 (quatrocentos e vinte e oito) vagas.

Logo em seguida, assevera que o edital do certame preconizou a necessidade da nomeação de 2.000 (dois mil) agentes efetivos, quando apenas 1.170 (mil cento e setenta) candidatos foram convocados e tomaram posse, restando em aberto 830 (oitocentos e trinta) vagas.

Por conseguinte, sustenta haver 334 (trezentos e trinta e quatro) prestadores de serviço que desempenham as mesmas funções do agente penitenciário, demonstrando a existência de oportunidades a serem preenchidas pelos postulantes classificados no concurso, restando incontroverso seu direito de ser convocado para o curso de formação.

Dito isso, diante dos fatos acima elencados, o recorrente alega possuir direito à nomeação, razão pela qual requer o provimento do seu recurso.

Contrarrazões ofertadas às fls. 405/410.

Instada a pronunciar-se, a Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 419/423).

É o relatório.

DECIDO.

Como pode ser visto do relatório, o autor, ora recorrente, almeja, através desta demanda, sua nomeação em virtude de aprovação em concurso público no cargo de Agente Penitenciário do Estado da Paraíba, sob o argumento de que existem vagas em número suficiente a alcançar a sua classificação no certame.

Entendo que o decreto sentencial merece ser mantido, porquanto se encontra em consonância com posição consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, sob o rito da Repercussão Geral, *in verbis*:

“(…) 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. Conseqüentemente, 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. Tribunal Pleno. Repercussão Geral. RE 837311. Rel. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. J. em 09/12/2015). (Grifos nosso)*

Com efeito, conforme julgado supra, a tese estabelece 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, 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:*

- 1 – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;*
- 2 – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação;*
- 3 – 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.”

Diante do pressuposto supra, não visualizo a existência de número de clarões necessários a alcançar a posição do insurgente, razão pela qual não há que se falar em preterição.

A pretensão do promovente, ora suplicante, não se enquadra em nenhum dos casos supramencionados, haja vista que, apesar de suscitar a existência de 830 (oitocentos e trinta) cargos vagos, supondo o preenchimento de apenas 1.170 (mil cento e setenta) oportunidades, verifico que a previsão inicial do instrumento editalício sobre a presença de 2.000 (duas mil) vagas corresponde a todo o Estado da Paraíba, sem especificar a quantidade de clarões disponíveis em cada região nas quais o concurso foi dividido, devendo ser desconsiderado o cálculo realizado pelo recorrente.

Outrossim, infere-se que o recorrente concorreu para a 2ª entrância, que possuía 428 (quatrocentos e vinte e oito) clarões, sendo classificado apenas na 639ª posição, restando aprovado fora do número de vagas OFERECIDAS PELO EDITAL.

Outrossim, apesar da existência de 334 (trezentos e trinta e quatro) prestadores de serviços lotados na Secretaria Estadual de Cidadania e Administração Penitenciária, infere-se que o irrisignante não conseguiu comprovar o exercício desses servidores na função de agente penitenciário, bem como sequer demonstrou a quantidade de servidores que estariam à disposição especificamente na 2ª entrância, região a qual disputou o cargo.

Desse modo, infere-se que o número de prestadores de serviços apresentado corresponde ao quadro total do Estado da Paraíba, podendo exercer as mais diversas atribuições, como por exemplo, agente administrativo auxiliar, copeiro e digitador, funções dispostas na folha de pessoal efetivo anexada às fls 286/287.

Nessa trilha, a título de melhor esclarecimento dos fatos, transcrevo passagem do parecer ministerial (fls. 419/423), haja vista o ilustre Procurador de Justiça ter abordado com percuciência o âmago da lide posta em juízo, conforme se observa abaixo:

“Argumenta o apelante que das 2.000 mil vagas ofertadas no edital do concurso, restam 830 sem o devido provimento. Ainda acrescenta a estas 830 vagas, outras 334 as quais, estariam ocupadas por prestadores de serviços temporários. Perfaz, desta forma, um cômputo de 1.164 vagas disponíveis, as quais seriam necessárias para alcançá-lo, já que ficou no rol de cadastro de reserva.

Como bem assinalado anteriormente, seus cálculos carecem de concretude, isto porque o concurso em questão, apesar de ofertar 2.000 vagas, as distribuiu de modo diferenciado entre as 3 entrâncias. Desta forma, a simples alegação de que existem 830 vagas sem o devido provimento não implica dizer que o apelante será por uma delas alcançado, pois não resta demonstrado nos autos quantas destas possíveis vagas sem provimento correspondem, de fato, à 2ª entrância, opção eleita pelo candidato quando do momento de sua inscrição.

Ademais, há que se registrar que bem como asseverado pelo próprio apelante existem outros candidatos à sua frente, pelo que não houve demonstração com clareza que será atingida pelo surgimento de futuras vagas.” (fls. 421)

Corroborando o entendimento, colaciono decisões desta Corte:

“APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MUNICÍPIO DE CAIÇARA. FISIOTERAPEUTA. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DAS VAGAS DO EDITAL. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO MELHOR CLASSIFICADO E CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DE SERVIDOR. CONJUNTURA QUE NÃO COMPROVA A EXISTÊNCIA DE CARGOS VAGOS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. INEXISTÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO AUSENTE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO.

- Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o candidato aprovado fora das vagas previstas no edital do concurso "deixa de ter mera expectativa de direito para adquirir direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi habilitado, caso se comprove: a) quebra da ordem classificatória, b) contratação temporária para preenchimento de vagas existentes ou c) surgimento de novas vagas, seja por criação de Lei ou por força de vacância durante o prazo de validade do certame." (STJ; AgRg-RMS 43.089; Proc. 2013/0195661-1; SP; Segunda Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; DJE 23/05/2014). - Inexistindo nos autos, comprovação de cargos públicos vagos, deve ser mantida a sentença que denegou a ordem perseguida, porquanto não demonstrado o alegado direito líquido e certo à nomeação.”

(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00002553820138150121, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES FREDERICO MARTINHO DA NOBREGA COUTINHO, j. em 31-05-2016)

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. REALIZAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO DE CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS DURANTE A VALIDADE DO CERTAME. AUSÊNCIA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DE CARGOS VAGOS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. DESPROVIMENTO.

A tese da preterição de candidato aprovado fora das vagas previstas em edital de concurso público, para fins de nomeação imediata, em razão de supostas contratações precárias, há de vir esteada em substrato probatório que demonstre, além de sua ocorrência, o momento em que foram implementadas, após a homologação e antes do escoamento do prazo de validade do certame, evidenciando-se, ainda, que há vaga, criada por lei, após as pretéritas nomeações.

(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 20057758020148150000, 4ª Câmara Especializada Cível, Relator DES ROMERO MARCELO DA FONSECA OLIVEIRA, j. em 17-05-2016)

Alfim, destaco que o apelante não participou do curso de formação, etapa essencial para o provimento no cargo de agente penitenciário, uma vez que apenas os candidatos aprovados e classificados até o limite das vagas estabelecidas no instrumento editalício seriam convocados para a sua realização.

Dito isso, a manutenção da decisão recorrida é medida que se impõe.

Por essas razões, nos termos do art. 932, IV, alínea “b”, do NCPC, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO APELATÓRIO.**

Publique-se. Intime-se.

Cumpra-se.

João Pessoa, 20 de fevereiro de 2017.

Des. José Ricardo Porto
RELATOR

J12/R02