



Poder Judiciário
JUSTIÇA ESTADUAL
Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins
GAB. DO DES. ADOLFO AMARO MENDES

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0000582-55.2022.8.27.2700/TO

RELATOR: DESEMBARGADOR ADOLFO AMARO MENDES

AGRAVANTE: GIOVANE MOURA DIAS ALMEIDA

ADVOGADO: THIAGO FRANCISCO DE OLIVEIRA MOURA (OAB PI013531)

AGRAVADO: WAGNER RODRIGUES BARROS

AGRAVADO: MUNICÍPIO DE ARAGUAÍNA

MP: MINISTÉRIO PÚBLICO

INTERESSADO: AUTORIDADE COATORA - TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DO TOCANTINS - ARAGUAÍNA

VOTO

Inicialmente, registro que o recurso é próprio, foi manejado no prazo legal, o Agravante ostenta legitimidade e interesse, motivos pelos quais dele conheço.

Conforme relatado, a decisão fustigada negou o pedido liminar de nomeação do Impetrante no cargo de TÉCNICO I - CONTADOR, do quadro de servidores do Município de Araguaína, ao argumento de ser aceitável “o argumento do Poder Público de momentaneamente satisfazer-se com os serviços de seis dos aprovados no concurso para Técnico I – Contador”.

Lembro que, em se tratando de mandado de segurança, o provimento liminar, cuja admissão está prevista na Lei 12.016/09, somente se justifica quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e quando do ato impugnado resultar a ineficácia da decisão, se concedida ao final, é o que dispõe o artigo 7º, inciso III, da norma supracitada, *verbis*:

Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

(...)

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida (...)

Nessa esteira, necessário se faz o exame da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, como elementos justificadores para a concessão da medida liminar no mandado de segurança, que, na espécie, foi negada na origem.

Acerca de tais requisitos, tomamos os ensinamentos do mestre HELY LOPES MEIRELLES:

Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito – fumus boni iuris e periculum in mora.

(...)

A liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem seus pressupostos, como também não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade”.¹

Tendo em vista que se está a analisar, em sede recursal, decisão sobre o pedido liminar, certo é que a aferição desses requisitos se faz imperiosa.

Da cuidadosa análise dos autos, considerando tão somente os documentos por ela juntados, verifico que o pedido liminar se confunde com o mérito da impetração, que é o pedido de nomeação em cargo público por suposta aprovação em concurso público e diante da alegada existência de vaga e da necessidade de seu preenchimento.

E, no caso dos autos, restou, *quantum satis*, comprovada a impertinência da decisão agravada.

É certo que o aprovado em concurso dentro do número de vagas estabelecidos no edital para provimento imediato, conquanto tenha direito subjetivo à nomeação, fica sujeito à escolha discricionária da administração quanto ao momento da nomeação, que pode ocorrer até o prazo final de vigência do certame.

Nesse sentido há algum tempo já se pronunciou a Suprema Corte:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara

os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.

II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.

III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) *Superveniência*: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) *Imprevisibilidade*: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) *Gravidade*: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) *Necessidade*: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário.

IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que

possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público. V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (STF, Tribunal Pleno, RE 598.099/MS, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 10/8/2011)

(destaquei)

Todavia, também é certo que essa discrecionalidade administrativa quanto ao momento de nomeação perde espaço quando, de alguma forma, a administração evidencia a necessidade do provimento do cargo em dado momento, antes do término do prazo de validade do concurso, como se infere dos seguintes arestos do Pretório Excelso:

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 REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016)

(destaquei)

Reitero, consoante consignei na decisão liminar, que são incontroversas nos autos: a) a homologação do concurso; b) aprovação do Agravante na 8ª posição dentro do número de vagas; c) convocação de 7 (sete) candidatos; 1 (um) candidatos desistiu de sua posse, solicitando o reposicionamento para o final da fila dos aprovados, o que lhe foi deferido pela administração municipal – evento 1, ANEXOS PET INI5.

Nesse sentido, na linha da orientação do Supremo Tribunal Federal, seguida por esta Corte, constando da homologação do concurso a classificação da Agravante dentro do número de vagas, o não preenchimento do cargo por algum dos candidatos na mesma condição, lhe confere direito subjetivo à nomeação, na medida em que os documentos acostados à inicial comprovam que houve publicação de Portaria da Autoridade Coatora reposicionando o candidato 5º colocado para o final da fila, conforme previsto em edital.

Nesse sentido a recente jurisprudência do STJ:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. LIMITE PRUDENCIAL. ESTUDO DE IMPACTO ORÇAMENTÁRIO PRÉVIO. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO DESPROVIDO.

1. A aprovação em concurso público dentro do número de vagas previstas no Edital convalida a mera expectativa em direito subjetivo do candidato a ser nomeado para o cargo a que concorreu e foi devidamente habilitado.

2. Não prospera a alegação de impedimento de realizar novas contratações ante o limite prudencial previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal, pois a abertura de concurso público deve ser precedida de estudo de impacto orçamentário decorrente das novas contratações. Precedentes.

3. Agravo Interno do FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO desprovido.

(AgInt no AREsp 1895581/SP, Rel. Ministro MANOEL ERHARDT (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF5), PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 22/10/2021).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS

PELO EDITAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 22 DA LEI COMPLEMENTAR 101/2000.

1. O candidato aprovado dentro do número de vagas em concurso público tem direito subjetivo à nomeação nas hipóteses de não convocação durante o prazo de validade do concurso.

2. Não obstante o referido entendimento pacificado, o STF, no RE 598.099/MS, também submetido ao regime de Repercussão Geral, admitiu que esse entendimento pode ser afastado em situações excepcionais, que podem ser invocadas no caso de apresentarem, cumulativa e concomitantemente, as seguintes características: (a) superveniência;

(b) imprevisibilidade; (c) gravidade e (d) necessidade.

3. Nessa linha, a jurisprudência do STJ sedimentou que "a recusa da Administração Pública ao direito público subjetivo de nomeação em favor do candidato classificado dentro do número de vagas ofertadas no edital de concurso público somente se justifica se obedecidas integralmente as condicionantes previstas no RE 598.099/MS, que constitui o marco jurisprudencial regulatório desse direito" (RMS 57.565/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2018).

4. Verifica-se que o Estado de São Paulo, embora argumente a superveniente impossibilidade de aperfeiçoamento do ato de provimento do cargo, por vedação expressa da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), não demonstra, mediante provas documentais idôneas, que a situação alegada se reveste, concomitantemente, das características de superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade.

5. Acrescente-se que não se pode admitir a alegação de impedimento de realizar novas contratações, ante o limite prudencial previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal, pois a abertura de concurso público deve ser precedida de estudo de impacto orçamentário decorrente das novas contratações.

6. Agravo Interno não provido.

(AgInt no RMS 66.320/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2021, DJe 31/08/2021)

Portanto, a meu sentir, o Impetrante/Agravante faz jus à medida liminar antecipatória suplicada no *mandamus*, tendo em vista a demonstração da probabilidade do direito e o perigo da demora.

Corroborando deste entendimento, ponderou o representante do órgão de cúpula Ministerial em seu parecer:

(...)

Consoante resultado final o recorrente foi aprovado em 8º lugar para o cargo de TÉCNICO I _ CONTADOR2 , sendo que dos candidatos que disputavam o certame para o cargo em questão 07 (sete) foram convocados e 6 (seis) empossados, considerando que um deles, o Sr.

Jhonny Warlley da Silva Rodrigues Luz, aprovado em 5º lugar, solicitou seu reposicionamento para que fosse convocado ao final do certame, tendo a autoridade coatora deferido o pedido de reposicionamento, conforme consta da Portaria nº 708 de 24 de junho de 2021.

Por isso, verifica-se, pelo menos numa análise perfunctória, única possível nessa fase, que se encontra presente a probabilidade do direito à nomeação do agravante, especialmente pela prova documental acostada ao feito, indicando que além de estar comprovada a aprovação dentro do número de vagas, também restou demonstrada a necessidade e interesse da administração na nomeação, de no mínimo sete candidatos.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ), inclusive com repercussão geral, tem se posicionado sobre o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital, portanto, todas as instâncias inferiores estão obrigadas a observar e aplicar o precedente.

(...)

Ante o exposto, em consonância com o parecer ministerial, voto no sentido de **CONHECER** do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade, e, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO**, para, ratificando a liminar recursal, determinar ao agravado que promova a convocação da agravante para o cargo para o qual aprovada no certame em questão, no prazo de 5 (cinco) dias, nos termos das razões acima esposadas.

Documento eletrônico assinado por **ADOLFO AMARO MENDES, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador **513603v3** e do código CRC **e87eaf3d**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): ADOLFO AMARO MENDES
Data e Hora: 18/5/2022, às 14:36:9

1. MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança; 23ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros; pág.73/74.

0000582-55.2022.8.27.2700

513603.V3