



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA
GAB. DO DESEMBARGADOR LEANDRO DOS SANTOS

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000196-63.2015.815.0191

RELATOR : Desembargador LEANDRO DOS SANTOS
APELANTE : Ricardo Fernandes Mendes
ADVOGADO : Coriolano Medeiros de Sousa, OAB-PB 1.906
APELADO : Município de Soledade
ADVOGADO : José Neto Freire Rangel, OAB-PB 6.145
ORIGEM : Juízo da Vara Única da Comarca de Soledade
JUIZ : Falkandre de Sousa Queiroz

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONCURSO PÚBLICO. MUNICÍPIO DE SOLEDADE. CANDIDATO INICIALMENTE CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DESISTÊNCIA DO 1º COLOCADO. AVANÇO NA ORDEM CLASSIFICATÓRIA. CONFIGURAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO ASSEGURADA. PROVIMENTO DO RECURSO.

- “O não preenchimento de todas as vagas dentro do prazo de validade do concurso, seja pela eliminação ou desistência de candidato inicialmente habilitado dentro do número previsto no Edital, gera o direito subjetivo à nomeação do candidato classificado na posição imediatamente subsequente na lista de classificados”.

- Mostra-se absolutamente ilegal a conduta omissiva da Administração que deixou de proceder com a nomeação e posse de candidato classificado dentro do número de vagas previsto em edital, especialmente quando expirado o prazo de validade do concurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos acima identificados:

ACORDA a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, por unanimidade, em **PROVER O APELO**, nos termos do voto do Relator e da certidão de julgamento de fl. 81.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por RICARDO FERNANDES MENDES contra a Sentença de fls. 47/50 que, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer ajuizada em face do MUNICÍPIO DE SOLEDADE, julgou improcedente o pedido autoral, por entender que o Promovente não demonstrou que a Administração deixou de observar a ordem de classificação ao convocar a 6ª colocada, ônus do qual não se desincumbiu.

Em suas razões, 51/54, o Apelante aduz que há provas suficientes de que a candidata, Ana Cláudia Ramos de Melo Alcântara, está exercendo a função de Técnico em Prótese Dentária, ferindo a ordem de classificação. Sustenta que, apesar de ter ficado fora do número de vagas ofertadas no edital, posteriormente, passou para a 1ª colocação na lista de aprovados, face a desistência do primeiro lugar, conforme documento de fl. 35, garantido-lhe o direito subjetivo à nomeação, o qual não foi observado pelo magistrado *a quo*. Ao final, pugna pelo provimento do recurso.

Contrarrazões, fls. 58/66, pela manutenção do *decisum*.

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça emitiu parecer pelo provimento do recurso, 73/77.

É o relatório.

VOTO

Extrai-se da inicial que o Autor prestou concurso público elaborado pela Edilidade, em 2011, para o cargo de Técnico em Prótese Dentária, oferecendo 01 vaga (fl. 14), obtendo a 2ª posição (fl. 27).

Alegou que o Promovido, em vez de obedecer o edital do concurso e dar posse aos aprovados, convocou a candidata Ana Cláudia Ramos de Melo Alcântara, que obtivera a 6ª colocação, para exercer outra função, ou seja, de Auxiliar Administrativa (fl. 28), desempenhando de maneira irregular a vaga reservada para o cargo pretendido.

À fl. 35, o Autor juntou aos autos documento referente à desistência do primeiro colocado, Sílvio da Silva Nunes.

Pois bem.

Compulsando os autos, vislumbro serem plausíveis os argumentos do Recorrente, conduzindo para a reforma da Sentença.

O Supremo Tribunal Federal¹ passou a considerar a nomeação um direito do aprovado em concurso público, assegurando o provimento do cargo para o qual concorreu e logrou êxito, no entanto, tal direito só se consubstancia, e deixa de ser mera expectativa, se a classificação do aprovado estiver dentro do número de vagas expressamente estabelecido no Edital do certame. Semelhante o entendimento do STJ:

3. A atual corrente firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 598.099/MS, condensou a compreensão de que **"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". E pontuou, ainda, o eminente Relator que o descumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública somente se justifica quando estiver acompanhado de fatos supervenientes de excepcional circunstância, os quais, por serem imprevisíveis, graves e necessários, revelam que houve radical modificação das condições existentes por ocasião da publicação do edital (RE 598.099, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, Repercussão Geral - Mérito - DJe de 3/10/11). (STJ. AgRg no RMS 33.716/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 04/12/2013)

¹ AgRg no RMS 30.308/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 15/03/2010.

Igual entendimento foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, *in verbis*:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. TEMA 784. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.” (RE 837311 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 20/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-236 DIVULG 01-12-2014 PUBLIC 02-12-2014)

Em diversos julgados, o STF e o STJ têm reiterado o entendimento de que os candidatos classificados fora do número de vagas possuem direito à nomeação a partir do momento em que comprovem o avanço na ordem classificatória, de maneira que ingressem no número de vagas previsto no edital, respeitado o período de validade do certame:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. ART. 169, IV E §1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA MERAMENTE REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. CONVOCAÇÃO DE TODOS OS CANDIDATOS DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. REABERTURA POR DESISTÊNCIA E FALECIMENTO DE CANDIDATO CONVOCADO. RECONHECIMENTO AO DIREITO DE NOMEAÇÃO DO CANDIDATO SUBSEQUENTE. CONSTITUCIONALIDADE. COMPATIBILIDADE COM O PRECEDENTE. RE 598.099 (REL. MIN. GILMAR MENDES, DJE DE 03.10.2011) - TEMA 161. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (STF. ARE 734049 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 13-11-2013 PUBLIC 14-11-2013). [Em destaque].

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA, INICIALMENTE, FORA DAS VAGAS DO EDITAL. DESISTÊNCIA DOS CANDIDATOS MAIS BEM

CLASSIFICADOS. DIREITO A SER NOMEADA PARA OCUPAR A ÚNICA VAGA PREVISTA NO EDITAL DE CONVOCAÇÃO. PRECEDENTES. 1. **O Tribunal de origem assentou que, com a desistência dos dois candidatos mais bem classificados para o preenchimento da única vaga prevista no instrumento convocatório, a ora agravada, classificada inicialmente em 3º lugar, tornava-se a primeira, na ordem classificatória, tendo, assim, assegurado o seu direito de ser convocada para assumir a referida vaga.** 2. Não se tratando de surgimento de vaga, seja por lei nova ou vacância, mas de vaga já prevista no edital do certame, aplica-se ao caso o que decidido pelo Plenário da Corte, o qual, ao apreciar o mérito do RE nº 598.099/MS-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, concluiu que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital tem direito subjetivo à nomeação. 3. Agravo regimental não provido. (STF. ARE 661760 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 03/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-214 DIVULG 28-10-2013 PUBLIC 29-10-2013). [Em destaque].

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE ADMINISTRATIVO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE COATORA. APROVAÇÃO DENTRO DO CADASTRO DE RESERVA PREVISTO EM EDITAL. ABERTURA DE NOVA VAGA NO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. DIREITO À NOMEAÇÃO. 1. Trata-se de mandado de segurança impetrado em face do Sr. Ministro de Estado do Trabalho e Emprego em razão de ato consubstanciado na não-convocação do impetrante para nomeação e posse no cargo de Agente Administrativo do Ministério do Trabalho e Emprego, unidade Mossoró/RN. 2. De acordo com a competência que lhe foi delegada pelo art. 2º, inciso III, do Decreto nº 4.734/03, e a autorização concedida pela Portaria/GM/MP nº 77. de 8 de abril de 2009, cabe a referida autoridade coatora nomear, no quadro permanente do Ministério do Trabalho e Emprego, os candidatos habilitados em concurso público (fl. 51). 3. Esta Corte Superior adota entendimento segundo o qual a regular aprovação em concurso público fora do número de vagas previstas no edital confere ao candidato mera expectativa de direito à nomeação. 4. **A jurisprudência desta Corte Superior também reconhece que a classificação e aprovação do candidato, ainda que fora do número mínimo de vagas previstas no edital do concurso, confere-lhe o direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo se, durante o prazo de validade do concurso, houver o surgimento de novas vagas, seja por criação de lei ou por força de vacância. Ressalta-se que há a aplicação de tal entendimento mesmo que não haja previsão editalícia para o preenchimento das vagas que vierem a surgir**

durante o prazo de validade do certame. Precedente: RMS 32105/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 30/08/2010. 5. O ora impetrante foi classificado em 4º (fls. 44) para provimento do cargo de Agente Administrativo do Ministério do Trabalho e Emprego, unidade Mossoró/RN, que tinha 1 vaga disponível (fls. 21), ou seja, fora do número de vagas. 6. A Administração Pública, conforme seu critério de conveniência e oportunidade e observando a ordem de classificação, nomeou os 3 primeiros candidatos aprovados: (i) o primeiro lugar, José Vieira de Castro (fls. 52), em razão da vaga prevista no edital; (ii) o segundo lugar, Denis Tadeu Martins Acioly Ribeiro Dias (fls. 53), em razão da posse em outro cargo inacumulável de Tania Simas de Queiroz; (iii) o terceiro lugar, Cyro Roberto dos Santos Carlos (fls. 54), em razão da expressa desistência de Denis Tadeu Martins Acioly Ribeiro Dias (segundo lugar). 7. Ocorre que, durante o prazo de validade do certame, um cargo de Agente Administrativo, unidade Mossoró/RN, restou vago em razão do falecimento do servidor de Gilton Araújo Diniz (fls. 49), não sendo preenchido pelos três primeiros colocados, conforme demonstrado acima. 8. O impetrante foi aprovado, como visto, dentro do cadastro de reserva, na posição classificatória 4ª, ou seja, o 1ª que deve ser convocado, uma vez que o último a ser chamado foi o 3º. Assim, obedecendo a ordem de classificação, a colocação do candidato é atingida para sua convocação, impondo-se o reconhecimento do direito líquido e certo do impetrante à nomeação e posse no cargo para o qual fora devidamente habilitado. 9. Segurança concedida. (STJ. MS 19.884/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/05/2013, DJe 14/05/2013). [Em destaque].

Semelhante o posicionamento desta Corte de Justiça:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SENTENÇA PELA PROCEDÊNCIA. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO, MONOCRATICAMENTE, AO APELO DA FAZENDA PÚBLICA. AGRAVO INTERNO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO INICIALMENTE CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS NO EDITAL. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO MELHOR CLASSIFICADO. OCORRÊNCIA. AVANÇO NA ORDEM CLASSIFICATÓRIA. COMPROVAÇÃO. EXAURIMENTO DO PERÍODO DE VALIDADE DO CONCURSO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO. 1. **O não preenchimento de todas as vagas dentro do prazo de validade do concurso, seja pela eliminação ou desistência de**

candidato inicialmente habilitado dentro do número previsto no edital, gera o direito subjetivo à nomeação do candidato classificado na posição imediatamente subsequente na lista de classificados. Precedentes do Excelso Supremo Tribunal Federal e do egrégio Superior Tribunal de justiça. [...] (TJPB; Rec. 0032038-34.2013.815.2001; Terceira Câmara Especializada Cível; Rel. Des. José Aurélio da Cruz; DJPB 26/09/2014; Pág. 14). [Em destaque].

De fato, o magistrado *a quo* não analisou a petição de fl. 34, em que traz o documento, devidamente autenticado em cartório, de desistência do candidato aprovado em 1º lugar, Sílvio da Silva Nunes, para o cargo de Técnico de Prótese Dentária, surgindo, dessa forma, a preterição do Apelante à vaga requerida.

Sobre o tema, importante transcrever trecho do parecer ministerial de fl. 76, *in verbis*:

“No caso dos autos, embora o Autor não tenha logrado êxito em comprovar a preterição inicialmente alegada na peça de ingresso, verifica-se que o d. Juiz *a quo* deixou de observar fato superveniente à propositura da ação, consistente na desistência formal do candidato classificado em 1º lugar, fato este que fez surgir para o Autor, aprovado em 2º lugar, o direito subjetivo de ser nomeado para o cargo de Técnico de Prótese Dentária.

[...]

Por outro lado, verifica-se que a desistência do candidato posicionado na 1ª colocação foi manifestada em 28 de abril de 2015, sendo assim, considerando a prorrogação do concurso até setembro de 2015 (fl. 11), resta evidenciado que aquela aconteceu **antes** da expiração do prazo do concurso (vide certidão de fl. 35)”.

Assim, a omissão da Administração em proceder aos atos necessários à indigitada investidura, reveste-se de ilegalidade flagrante e inarredável, importando em lesão aos princípios da boa-fé administrativa, da razoabilidade, da lealdade, da isonomia e da segurança jurídica, pelo que não há como se esquivar o Poder Judiciário de tutelar o direito do Apelante, lididamente alcançado após a expiração do prazo do concurso.

Portanto, tendo ocorrido a desistência do primeiro lugar, afigura-se cristalino o direito do candidato de ser nomeado para o cargo de Técnico em Prótese Dentária.

Diante do exposto, em harmonia com o parecer ministerial, **PROVEJO A APELAÇÃO CÍVEL, reformando a Sentença para que o pedido autoral seja julgado procedente.**

É o voto.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Desembargador Leandro dos Santos. Participaram do julgamento, além do **Relator, Excelentíssimo Desembargador Leandro dos Santos**, os Excelentíssimos Desembargadores **Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti** e **José Ricardo Porto**.

Presente à sessão a douta representante do Ministério Público, **Dra. Vasti Cléa Marinho Costa Lopes**, Procuradora de Justiça.

Sala de Sessões da Primeira Câmara Cível, “Desembargador Mário Moacyr Porto” do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 27 de setembro de 2016.

Desembargador LEANDRO DOS SANTOS
Relator