

Processo nº. 0002352-27.2014.815.0751



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador
Marcos Cavalcanti de Albuquerque

Acórd

Agravo Interno – nº. 0002352-27.2014.815.0751

Relator: Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque.

Agravante: Município de Bayeux, rep. por seu Procurador, Johnson Gonçalves de Abrantes. OAB/PB nº. 1.663.

Agravado: Alexandre Pereira da Silva. Adv.: Suênia de Sousa Moraes. OAB/PB nº. 13.115.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO À APELAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE DIGITADOR DO MUNICÍPIO DE BAYEUX. CONVOCAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. DESISTÊNCIA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DO CANDIDATO INICIALMENTE POSICIONADO ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS. PRECEDENTES. NÃO COMPROVAÇÃO PELA MUNICIPALIDADE DE OCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA. PREVISÃO EDITALÍCIA. **NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO.**

- “O não preenchimento de todas as vagas ofertadas dentro do prazo de validade do concurso, em razão da eliminação de candidato inicialmente habilitado dentro do

número previsto em Edital, gera o direito subjetivo à nomeação do candidato classificado na posição imediatamente subsequente na lista de classificados.”

- Somente diante da demonstração de situações excepcionais, nas quais, por motivo de necessidade pública superveniente, devidamente comprovada e justificada, a Administração Pública poderá deixar de nomear candidatos aprovados em concurso público, ainda que dentro do número de vagas, sob pena de se priorizar o direito do aprovado em detrimento do interesse geral.

- Não comprovada qualquer situação excepcional a justificar o não empossamento do candidato ao cargo em que foi aprovado mediante concurso público, devendo ser considerada ilegal e ilegítima a conduta da administração pública, não havendo que se falar em violação do princípio da separação dos poderes, eis que nenhum ato está excluído do controle jurisdicional, a teor do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

- Não merece guarida o argumento de impossibilidade financeira para a nomeação do candidato, haja vista a previsão editalícia para contratação de pessoal, presumindo-se, dessa forma, que os gastos com os cargos públicos já estavam previamente discriminados no orçamento municipal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos acima identificados.

Acordam os desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao agravo.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo Interno interposto pelo **Município de Bayeux** contra decisão monocrática proferida por este Relator (fls. 140/151) que negou provimento à apelação, mantendo em sua íntegra a sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Mista da Comarca de Bayeux, nos autos da Ação Ordinária com Pedido de Antecipação de Tutela, ajuizada por **Alexandre Pereira da Silva**, ora agravado, que determinou a sua nomeação ao cargo de digitador, conforme aprovação em concurso público.

Em suas razões recursais (fls. 161/178), o município agravante alegou que em nenhum momento houve comprovação de as vagas em questão não foram ocupadas. Alegou, ainda, que o agravado não possui direito subjetivo à nomeação em razão da expiração do prazo do certame.

Asseverou também que, “mesmo que o referido concurso estivesse no prazo de validade, e existisse um direito subjetivo à nomeação, o município não teria condições de onerar ainda mais sua folha de pagamento, diante da grave crise econômica por qual tem passado.”

Sustentou que é prerrogativa do município quanto à criação de cargos e regimento do funcionalismo público, sem interferência de outros entes ou poderes.

Por fim, requereu a reforma da decisão monocrática, para que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais.

Contrarrazões não ofertadas pelo agravado, conforme o teor da certidão de fl. 183, apesar de devidamente intimado.

É o relatório.

V O T O

Ao compulsar os autos, verificado a presença dos pressupostos exigidos para a admissibilidade recursal, conheço do presente recurso.

O município agravante sustenta que não houve comprovação de que as vagas em questão não foram ou não serão ocupadas, além de que não há direito subjetivo à nomeação do candidato ante a expiração do prazo de validade do certame.

Entretanto, no caso em comento, verifica-se que, muito embora tenha o agravado sido aprovado inicialmente em 17º (décimo sétimo) lugar, ou seja, fora do número de vagas ofertadas no edital, haja vista ter o concurso oferecido apenas 12 (doze) vagas, restou comprovado que 05 (cinco) candidatos com melhor classificação desistiram ou não tomaram posse, adquirindo o agravado o direito à nomeação, obedecida, naturalmente, a ordem de classificação.

No que concerne ao tema, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que os candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital possuem direito subjetivo, líquido e certo à nomeação. Veja-se:

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - CONCURSO - APROVAÇÃO DE CANDIDATO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À POSSE NO CARGO - RECURSO PROVIDO. 1. Em conformidade com jurisprudência pacífica desta Corte, o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação e à posse. 2. A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital. Precedentes. 3. Recurso ordinário provido. (RMS 20.718 – SP, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 2005/0158090-4. Julgamento em 04/12/2007)

Esta é também a orientação do Supremo Tribunal Federal:

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. (RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314 RTJ VOL-00222-01 PP-00521)

Desse modo, somente diante da demonstração de situações excepcionais, nas quais, por motivo de necessidade pública superveniente, devidamente comprovada e justificada, a Administração Pública poderá deixar de nomear candidatos aprovados em concurso público, ainda que dentro do número de vagas, sob pena de se priorizar o direito do aprovado em detrimento do interesse geral.

Relevante também é anotar que, posteriormente à consolidação do seu entendimento de que os candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital adquirem direito à nomeação, o Supremo Tribunal Federal estendeu o reconhecimento desse mesmo direito ao candidato que tenha sido aprovado fora das vagas previstas no edital, mas que, em razão da desistência de candidatos classificados acima dele, passe a estar colocado dentro do número das vagas oferecidas. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RAZÕES DO AGRAVO REGIMENTAL DISSOCIADAS DO QUE DELIBERADO NA DECISÃO MONOCRÁTICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284 DO STF. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. FISIOTERAPEUTA. CLASSIFICAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. I – *Deficiente a fundamentação do agravo regimental cujas razões estão dissociadas do que decidido na decisão monocrática. Incide, na hipótese, a Súmula 284 desta Corte.* II – *O Plenário desta Corte, no julgamento do RE 598.099/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, firmou jurisprudência no sentido do direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital de concurso público. Tal direito 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.* III – *Agravo Regimental improvido. (ARE 675202 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-164 DIVULG 21-08-2013 PUBLIC 22-08-2013)*

Desse modo, caso o candidato tenha sido aprovado fora do número de vagas, não terá, em princípio, direito à nomeação. Entretanto, se houve desistência de candidato aprovado dentro do número de vagas, aquele aprovado fora destas passa a adquirir o direito à nomeação, obedecida, naturalmente, a ordem de classificação, não

havendo que se falar, portanto, em expiração do prazo de validade do certame.

Nesse mesmo sentido, colaciono os seguintes arestos do Superior Tribunal de Justiça, veja-se:

ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - NECESSIDADE DO PREENCHIMENTO DE VAGAS, AINDA QUE EXCEDENTES ÀS PREVISTAS NO EDITAL, CARACTERIZADA POR ATO INEQUÍVOCO DA ADMINISTRAÇÃO - DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO - PRECEDENTES. 1. A aprovação do candidato, ainda que fora do número de vagas disponíveis no edital do concurso, lhe confere direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo, se a Administração Pública manifesta, por ato inequívoco, a necessidade do preenchimento de novas vagas. 2. A desistência dos candidatos convocados, ou mesmo a sua desclassificação em razão do não preenchimento de determinados requisitos, gera para os seguintes na ordem de classificação direito subjetivo à nomeação, observada a quantidade das novas vagas disponibilizadas. 3. Hipótese em que o Governador do Distrito Federal, mediante decreto, convocou os candidatos do cadastro de reserva para o preenchimento de 37 novas vagas do cargo de Analista de Administração Pública - Arquivista, gerando para os candidatos subsequentes direito subjetivo à nomeação para as vagas não ocupadas por motivo de desistência. 4. Recurso ordinário em mandado de segurança provido. (RMS 32.105 - DF, Recurso em Mandado de Segurança nº. 2010/0080959-0. Julgamento em 19/08/2010) (Grifei)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DO ESTADO DA BAHIA. CONVOCAÇÃO DOS APROVADOS. ELIMINAÇÃO DE CANDIDATO HABILITADO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DE VAGA OFERTADA NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DO CANDIDATO INICIALMENTE POSICIONADO ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO PROVIDO. 1. O princípio da moralidade impõe obediência às regras insculpidas no instrumento convocatório pelo Poder Público, de sorte que a oferta de vagas vincula a Administração pela expectativa surgida entre os candidatos aprovados dentro do número de vagas. 2. O não preenchimento de todas as vagas ofertadas dentro do prazo de validade do concurso, em razão da eliminação de candidato inicialmente habilitado dentro do número previsto em Edital, gera o direito subjetivo à nomeação do candidato classificado na posição imediatamente subsequente na lista de classificados. 3. Explicitada a necessidade da Administração nomear 48 Auditores-Fiscais, o ato de nomeação do recorrente, diante do desinteresse de candidato aprovado em tomar posse, deixou de ser discricionário para se tornar vinculado, uma vez que passou a se enquadrar dentro do número de vagas previstas no Edital do certame. 4. Recurso provido para determinar a convocação do recorrente para realizar os exames inerentes à fase final do certame e, no caso de preenchimento dos requisitos necessários, a nomeação para o cargo de Auditor Fiscal do Estado da Bahia, com atuação na área de Administração, Finanças e Controle Externo. (RMS 27.575 – BA, Recurso em Mandado de Segurança nº. 2008/0181056-0. Julgamento em 20/08/2009) (Grifei)

No caso em disceptação, não foi comprovada qualquer situação

excepcional a justificar o não empossamento do candidato ao cargo em que foi aprovado mediante concurso público, devendo ser considerada ilegal e ilegítima a conduta da administração pública, não havendo que se falar em violação do princípio da separação dos poderes, eis que nenhum ato está excluído do controle jurisdicional, a teor do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Quanto ao argumento de impossibilidade financeira para a nomeação do candidato, entendo não ser o caso de necessidade pública superveniente, haja vista a previsão editalícia para contratação de pessoal, presumindo-se, dessa forma, que os gastos com os cargos públicos já estavam previamente discriminados no orçamento municipal.

Diante de todo o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO PRESENTE AGRAVO INTERNO**, mantendo-se a decisão vergastada.

É como voto.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Senhor Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque. Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Marcos Cavalcanti de Albuquerque – Relator, Eduardo José de Carvalho Soares (Juiz convocado para substituir a Excelentíssima Senhora Desembargadora Maria das Graças Morais Guedes) e Gustavo Leite Urquiza (Juiz convocado para substituir o Excelentíssimo Senhor Desembargador Saulo Henriques de Sá e Benevides).

Presente ao julgamento o Excelentíssimo Senhor Doutor Rodrigo Marques da Nóbrega, Promotor de Justiça convocado.

Processo nº. 0002352-27.2014.815.0751

Sala de sessões da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 14 de agosto de 2018.

Desembargador **Marcos Cavalcanti de Albuquerque**
R e l a t o r

11