



ACÓRDÃO N.º
SECRETARIA DA 3ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA
COMARCA DE BELÉM/PA
AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00957720420158140000
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE BELÉM
AGRAVADO: DECISÃO MONOCRÁTICA DE FLS. 124/129.
RELATORA: DESª. MARIA FILOMENA DE ALMEIDA BUARQUE

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO LIMINAR. NOMEAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NUMERO DE VAGAS. PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME EXPIRADO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO QUE SE TORNA EXIGÍVEL. REPERCUSSÃO GERAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE 837311 RG / PI – PIAUÍ. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO LIMINAR AFASTADA.

I – De início consigna-se que a "vedação contida nos arts. 1º, § 3º, da Lei 8.437/92 e 1º da Lei 9.494/97, quanto à concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública nos casos de aumento ou extensão de vantagens a servidor público, não se aplica nas hipóteses em que o autor busca sua nomeação e posse em cargo público, em razão da sua aprovação no concurso público" (AgRg no AREsp 15.804/GO, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/03/2013).

II - Os aprovados em concurso público dentro das vagas previstas no edital tem direito subjetivo à nomeação, desde que observadas algumas situações. 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.

III - Na esteira da posição do Superior Tribunal de Justiça, a Administração Pública, ao publicar o edital e estabelecer o número de vagas a serem preenchidas, exerce seu legítimo poder discricionário, materializando-o através da prática de um ato vinculado.

- Por tal razão, o candidato aprovado em concurso público dentro das vagas previstas no Edital, possui direito subjetivo à nomeação, e não apenas expectativa de direito, sendo desnecessário, nessa hipótese, perquirir a existência de contratação precária de funcionários, tampouco a eventual preterição na ordem de classificação.

IV - In casu, reconhece-se, o direito subjetivo à nomeação do candidato devidamente aprovado no concurso público, pois houve a comprovação de que o impetrante foi aprovado e classificada no 57º lugar para o cargo de Agente de Vias Públicas, para um total de 100 vagas ofertadas no edital, bem como a propositura da ação mandamental ocorreu dentro dos 120 dias após a expiração do prazo de validade do certame, circunstância suficiente a autorizar a reivindicação do impetrante à nomeação, na esteira da tese firmada em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal no RE 837311 RG / PI – PIAUÍ.

V - No que de refere ao argumento do Município de Belém de que a lei não prevê o número de vagas ofertadas no edital e, por isso, os impetrantes não poderiam ser nomeados, não merece prosperar, tendo em vista que o edital, a priori, faz lei entre as partes e se o Município de Belém realizou concurso público e divulgou um determinado número de vagas (100 vagas) é porque precisava que essas vagas fossem preenchidas pelos candidatos aprovados, ou seja, nesse caso os aprovados têm direito à nomeação e empossamento. Precedente do TJPA Acórdão n. 157.093.

VI - Finalmente, também não merece guarida a alegação de impossibilidade de cumprimento da liminar pelo advento de Lei Municipal que teria extinto os cargos ofertados no certame, pois a referida legislação é fato novo, o qual dependeria de prova de sua veracidade, na primeira oportunidade de pronunciamento nos autos, ou seja, com este recurso, o que não ocorreu, quedando o tema precluso, por força do art. 333, inciso II, 337 e 473, do CPC/73.

VII – Agravo interno conhecido e improvido.



ACÓRDÃO

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 3ª Câmara Cível Isolada, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e negar provimento, tudo nos termos relatados pela Desembargadora Relatora.

Turma Julgadora: Des^a. Maria Filomena de Almeida Buarque (Relatora), Des^a. Edinéa Oliveira Tavares e a Des^a. Ezilda Pastana Mutran.

Plenário da 3ª Câmara Cível Isolada, 24 de novembro de 2016.

MARIA FILOMENA DE ALMEIDA BUARQUE
Desembargadora Relatora

SECRETARIA DA 3ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA
COMARCA DE BELÉM/PA
AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00957720420158140000
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE BELÉM
AGRAVADO: DECISÃO MONOCRÁTICA DE FLS. 124/129.
RELATORA: DES^a. MARIA FILOMENA DE ALMEIDA BUARQUE

RELATÓRIO

A EXMA. DESA. MARIA FILOMENA DE ALMEIDA BUARQUE (RELATORA):

Trata-se de AGRAVO INTERNO, interposto por MUNICÍPIO DE BELÉM contra a decisão monocrática de fls. 124/129 de minha lavra desta relatora que negou seguimento ao agravo de instrumento.

A Monocrática impugnada foi lavrada sob a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO LIMINAR. NOMEAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NUMERO DE VAGAS. PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME EXPIRADO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO QUE SE TORNA EXIGÍVEL. REPERCUSSÃO GERAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE 837311 RG / PI – PIAUÍ. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO LIMINAR AFASTADA.

I - Os aprovados em concurso público dentro das vagas previstas no edital tem direito subjetivo à nomeação, desde que observadas algumas situações. 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.

II - In casu, reconhece-se, o direito subjetivo à nomeação do candidato devidamente aprovado no concurso público, pois houve a comprovação de que o impetrante foi aprovado e classificada no 57º lugar para o cargo de Agente de Vias Públicas, para um total de 100 vagas ofertadas no edital, bem como a propositura da ação mandamental ocorreu dentro dos 120 dias após a expiração do prazo de validade do certame, circunstância suficiente a autorizar a reivindicação do impetrante à nomeação, na esteia da tese firmada em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal no RE 837311 RG / PI –



PIAUI

6. Agravo de instrumento conhecido e negado provimento, na forma do art. 932, inciso IV, alínea B, da CF. Teses principal firmada em Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal no RE 837311 RG / PI – PIAUI.

Em suas razões (fls. 124/129), o Recorrente sustenta que merece reforma a decisão monocrática, o cargo de Agente de Vias Públicas ofertado no certame foi extinto pela Lei Municipal n. 9.203/2016, com entrada em vigor em 15 de abril de 2016, tornando-se impossível dar cumprimento ao pleito liminar do Impetrante.

Defende que o Agravado/Impetrante não tem direito líquido e certo a ser amparado, pois em que pese ter sido aprovado dentro do número de vagas não existe o quantitativo de cargos oferecidos no certame.

Relata que a Lei Municipal 7507/91 criou o cargo de agente de vias públicas, para o qual o agravante pretende ser nomeado, no entanto não previu o número de vagas. Relata que não dispõe da vaga e nem necessidade de tantos profissionais nessa função.

Afirma que a nomeação do impetrante poderia implicar na violação da lei de responsabilidade fiscal, pois o município não tem dotação orçamentária para realizar o provimento dos referidos cargos.

Sustenta que a liminar viola a vedação de concessão de tutela antecipada contra a fazenda pública, prevista no art. 2-B, da Lei Federal n. 9494/97.

Por fim, requer a reforma da decisão liminar e o provimento do recurso.

O Agravado em contrarrazões (fls. 156/167) rebateu as razões recursais, ratificando a tese de violação do direito líquido e certo a nomeação e posse do impetrante, por este ter sido aprovado e classificado dentro do número de vagas previstas no edital e por ter decorrido o prazo de validade do certame, o que atrai a aplicação da jurisprudência do STJ.

Consigna ainda que a vedação de tutela antecipada não se aplica às hipóteses em que o candidato aprovado e classificado dentro do número de vagas busca a sua nomeação pela Administração Pública.

VOTO

A EXMA. DESA. MARIA FILOMENA DE ALMEIDA BUARQUE (RELATORA):

Preenchidos os requisitos de admissibilidade conheço do presente recurso.

De início consigna-se que a "vedação contida nos arts. 1º, § 3º, da Lei 8.437/92 e 1º da Lei 9.494/97, quanto à concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública nos casos de aumento ou extensão de vantagens a servidor público, não se aplica nas hipóteses em que o autor busca sua nomeação e posse em cargo público, em razão da sua



aprovação no concurso público" (AgRg no AREsp 15.804/GO, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/03/2013).

No caso, tratando-se de Agravo de Instrumento, a abordagem deve ser restrita ao acerto ou não da decisão que deferiu a liminar, levando-se em consideração as provas carreadas aos autos e o cuidado para não se enfrentar matéria ainda pendente de análise acurada pela instância de origem.

Cinge-se a demanda sobre o direito dos impetrantes/ora agravados de ver deferida a liminar em sede de mandado de segurança a fim de que sejam nomeados e empossados no cargo de Agente de Vias Públicas ofertado no Concurso Público nº 01/2012 – SECON/PMB, visto que foram classificados dentro do número de vagas ofertadas pelo edital para o referido cargo.

Acerca do assunto, a Constituição Federal determina que a regra para o acesso a cargo ou emprego público será por meio de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos. Vejamos o dispositivo constitucional:

Art. 37 (...)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Por sua vez, os incisos seguintes, III e IV, a seguir reproduzidos, do mesmo artigo 37, da CF/88 trazem a regra de que o candidato aprovado em concurso público tem direito subjetivo de ser nomeado de acordo com a ordem de classificação.

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira; (grifei)

Pelo que se extrai da leitura dos referidos incisos, durante do prazo de validade do concurso (inciso III), não há dúvidas de que o candidato aprovado tem direito de ser nomeado segundo a ordem classificatória (inciso IV).

Entretanto, a discussão em comento está no fato do candidato aprovado dentro do número de vagas oferecidas no edital ter direito líquido e certo de ser nomeado, ou mera expectativa de direito à nomeação ou se compete à Administração, dentro de seu poder discricionário, nomear os candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência e oportunidade.

A respeito do tema, necessário frisar que até pouco tempo a jurisprudência do STF e do STJ era pacífica no sentido de que o candidato aprovado em concurso público, ainda que dentro do número de vagas, teria mera expectativa de direito à nomeação, podendo a Administração,



motivadamente, optar por não nomear nenhum candidato aprovado.

Todavia, tendo em vista que a conduta de não nomear nenhum candidato ou nomear em número inferior às vagas ofende, sem sombra de dúvidas, os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança gerada nos administrados, tanto o STF como o STJ passaram a adotar posicionamento distinto, no sentido de que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas tem direito subjetivo à nomeação.

De molde a demonstrar a pacificação da matéria no Superior Tribunal de Justiça, colaciono os seguintes precedentes:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL – – DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do certame não tem mera expectativa de direito, mas verdadeiro direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi classificado.

2. Precedentes: AgRg no RMS 30.308/MS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 15.3.2010; RMS 30.459/PA, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 8.2.2010; RMS 27.508/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 18.5.2009.

3. A administração pratica ato vinculado ao tornar pública a existência de cargos vagos e o interesse em provê-los. Portanto, até expirar o lapso de eficácia jurídica do certame, tem o poder-dever de convocar os candidatos aprovados no limite das vagas que veiculou no edital, respeitada a ordem classificatória (RMS 27.311/AM, Rel.

Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 4.8.2009, DJe 8.9.2009).

Recurso ordinário provido.

(RMS 31.611/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 17/05/2010).

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES.

1. De acordo com entendimento consolidado deste Superior Tribunal de Justiça, o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do certame não tem mera expectativa de direito, mas verdadeiro direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi classificado. Precedentes.

2. Recurso ordinário provido.

(RMS 23.331/RO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 05/04/2010).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO. APROVAÇÃO DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. NOMEAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO. RECONHECIMENTO.

I - Consoante a jurisprudência atualmente consolidada nesta c. Corte Superior, o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital possui direito subjetivo à nomeação e à posse no cargo almejado.

II - Tal assertiva há de merecer temperamentos ante eventual comprovação, pelo ente da Administração Pública, da superveniência de fatos que demonstrem a impossibilidade de concretização de tal direito, hipótese, porém, que não ocorre na espécie.

Agravo regimental desprovido.

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

Por conseguinte, analisando o caso dos autos e seguindo o entendimento dos nossos Tribunais Superiores entendo correta a decisão que deferiu a liminar ao impetrante, considerando que o edital previa 100 (cem) vagas para o cargo de agente de vias públicas (fl. 48), e que o candidato foi



aprovado em 57º lugar (fl. 59), dentro do número de vagas ofertadas, portanto, pelo que resta configurado o requisito do *fumus boni iuris* necessário para o deferimento da liminar.

Ademais, compulsando os autos verifico que o certame foi homologado em 07/06/2013 (fl. 58) e sua validade se exauriu em 07/06/2015 não existindo informações nos autos de que o concurso foi prorrogado por mais dois anos, conforme previa o item 15.11 do edital (fl. 45).

No que de refere ao argumento do Município de Belém de que a lei não prevê o número de vagas ofertadas no edital e, por isso, os impetrantes não poderiam ser nomeados, não merece prosperar, tendo em vista que o edital, a priori, faz lei entre as partes e se o Município de Belém realizou concurso público e divulgou um determinado número de vagas (100 vagas) é porque precisava que essas vagas fossem preenchidas pelos candidatos aprovados, ou seja, nesse caso os aprovados têm direito à nomeação e empossamento.

Consigno que existe julgado semelhante a este examinado pela 2ª Câmara Cível Isolada, de Relatoria do Des. Roberto Gonçalves de Moura envolvendo o mesmo edital e cargo em discussão, tendo as Desembargadoras Célia Regina de Lima Pinheiro e Ezilda Pastana Mutran negado provimento ao recurso do Município de Belém. Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. MUNICÍPIO DE BELÉM. CANDIDATOS APROVADOS DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO DE NOMEAÇÃO E POSSE UMA VEZ PRESENTE O RISCO DE QUE O CANDIDATO NÃO SERÁ CHAMADO. LIMINAR MANTIDA. 1 ? O candidato aprovado dentro no número de vagas previsto no edital possui direito subjetivo de nomeação e posse, e não apenas mera expectativa de direito, havendo o risco de a Administração não convocá-lo. 2 - Precedentes dos Tribunais Superiores e deste Egrégio Tribunal de Justiça. 3 ? Decisão mantida em todos os seus fundamentos. 4 - Decisão unânime.
(2016.00978002-13, 157.093, Rel. ROBERTO GONCALVES DE MOURA, Órgão Julgador 2ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Julgado em 2016-03-07, Publicado em 2016-03-17)

Finalmente, também não merece guarida a alegação de impossibilidade de cumprimento da liminar pelo advento de Lei Municipal que teria extinto os cargos ofertados no certame, pois a referida legislação é fato novo, o qual dependeria de prova de sua veracidade, na primeira oportunidade de pronunciamento nos autos, ou seja, com este recurso, o que não ocorreu, quedando o tema precluso, por força do art. 333, inciso II, 337 e 473, do CPC/73.

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

(...)

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

(...)

Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.

(...)

Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.



Do mesmo modo dispõe o NCPC:

Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.

(...)

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Nesse sentido, cito julgados dos Tribunais Pátrios:

Ementa: Administrativo e Constitucional. Ação de Cobrança. Servidor público municipal. Norma municipal. Prova do teor e vigência. Ônus de quem alega. Inteligência do art. 337 do Código de Processo Civil . I - Restou evidente nos autos, que a Lei Complr nº 456/2003 jamais produziu efeitos em algum período, isso porque não obedeceu ao trâmite legal contido no processo legislativo; II - E estreme de dúvidas, portanto, que a ausência de promulgação e publicação da lei concessiva da incorporação pleiteada impossibilita a produção de qualquer efeito jurídico, razão pela qual impõe-se a improcedência do pedido; III - Nos termos do art. 337 do CPC "a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz", não podendo ser o ônus transferido para a outra parte, sob pena de violação ao artigo 333 do mesmo diploma legal; IV - Apelo conhecido e desprovido. (TJ-SE - APELAÇÃO CÍVEL AC 2010210516 SE (TJ-SE) e Data de publicação: 14/09/2010)

Ementa: APELAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO MEDIATO. DIREITO MUNICIPAL. Prova do teor e vigência do direito municipal que recepciona o adicional de insalubridade. Falta de exigência prévia pelo juízo. Impossibilidade de aplicação de sanção processual ou presunção em desfavor da parte. Inteligência do art. 337 do CPC. Precedentes do STJ. Nulidade não configurada. Hipótese de aplicação de regra de direito processual para resolver o substrato da causa. Reconhecimento do vício atinente ao "error in iudicando". Reforma da sentença de mérito. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE LEME. VARREDOR. Ausência de disponibilização habitual de equipamentos de proteção individual. Atividade insalubre. Prova pericial indica o desempenho da tarefa exposto à insalubridade em grau máximo. Direito à percepção do adicional de insalubridade. Sentença reformada. CONSECTÁRIOS DE MORA CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. Incidência de correção monetária e juros de mora de acordo com o artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação que lhe deu a MP nº 2.180/01. Declaração da inconstitucionalidade, por arrastamento, do artigo 5º da Lei n. 11.960/09 na ADPF 4425-DF. Publicação em 19.12.2013. Efeito repristinatório. Revigoração do artigo 1º-F da Lei Federal 9.494/97, na redação da MP nº 2.180/01. Juros de mora. Termo inicial. Citação. Relação contratual. Correção monetária. Desde a data em que deveria ter sido feito o pagamento. Aplicação da Tabela Prática do Tribunal de Justiça. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. Sucumbência quanto ao pedido indenizatório. RATEIO DA VERBA HONORÁRIA. Fixação em obediência ao parâmetro legal estabelecido pelo art. 21, "caput", do CPC. RECURSO PROVIDO. (TJ-SP - Apelação APL 00020916520128260318 SP 0002091-65.2012.8.26.0318 (TJ-SP) e Data de publicação: 21/05/2015)

Por todo o exposto, CONHEÇO e NEGO PROVIMENTO ao recurso, nos termos da fundamentação.

É o voto.

À Secretaria para as providências

Belém, 24 de novembro de 2016.



MARIA FILOMENA DE ALMEIDA BUARQUE
Desembargadora Relatora