



Acórdão nº
Processo nº 0091735-31.2015.8.14.0000
Segunda Primeira Turma de Direito Público
Recurso: Agravo de Instrumento
Comarca: Belém
Agravante: Município de Belém
Advogada: Gustavo Azevedo Rola – Procurador do Município
Endereço: Travessa 1º de Março, 424 - Centro
Agravada: Belanny Barbosa Lopes
Advogado: José Anijar Fragoso Rei
Relator(a): Des. Roberto Gonçalves de Moura

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. APLICAÇÃO DA NORMA PROCESSUAL NO CASO. CONCURSO PÚBLICO. MUNICÍPIO DE BELÉM. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEITADA. MÉRITO. CANDIDATO APROVADO 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. RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1 – Ante o disposto no art. 14, do CPC/2015, tem-se que a norma processual não retroagirá, de maneira que devem ser respeitados os atos processuais e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da lei revogada. Desse modo, não de ser aplicados os comandos insertos no CPC/1973, vigente por ocasião da publicação e da intimação da decisão agravada.

2 – Preliminar de Ilegitimidade passiva. Não configurada. O Concurso Público foi realizado pela Secretaria de Economia do Município de Belém, vinculado ao Município de Belém, ambos representados respectivamente pelo Secretário de Economia e Prefeito de Belém, os quais devem ser as autoridades coatoras indicadas em sede de mandado de segurança, já que este remédio heroico deve ser dirigido à pessoa que ordena ou omite a prática de ato ilegal.

3 - 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 o convocar.

4 - Precedentes de Tribunais Superiores.

5 – Decisão mantida em todos os seus fundamentos.

6 - Decisão unânime.

7 – Agravo de Instrumento conhecido e improvido.

Vistos, etc.,

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da Primeira Turma de Direito Público, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso, negando-lhe provimento, para manter integralmente a decisão recorrida, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

Plenário da Primeira Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos dezessete dias do mês de abril do ano de dois mil e dezessete.

Turma Julgadora: Desembargadores Ezilda Pastana Mutran (Presidente), Roberto Gonçalves de Moura (Relator) e Maria Elvina Gemaque Taveira.

Belém, 17 de abril de 2017.

DES. ROBERTO GONÇALVES DE MOURA,
Relator



RELATÓRIO

O EXMO. SR. DES. ROBERTO GONÇALVES DE MOURA (RELATOR):

Trata-se de AGRAVO DE INSTRUMENTO interposto pelo MUNICÍPIO DE BELÉM contra decisão do MMº Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda de Belém/PA, que, nos autos de Mandado de Segurança (Processo nº 0056637-52.2015.8.14.0301) impetrado por BELANNY BARBOSA LOPES, deferiu liminar determinando que o Agravante nomeie a agravada para o cargo de Agente de Vias Públicas ofertado no Concurso Público nº 01/2012 – SECON/PMB.

Em suas razões (fls. 04/18), o Agravante, após expor os fatos, sustenta, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva, considerando que o impetrante apontou duas autoridades coatoras por estar em dúvida sobre qual delas teria legitimidade para constar no polo passivo da demanda, motivo pelo qual o processo deve ser extinto sem resolução do mérito por falta de uma das condições da ação.

No mérito, destaca o Município de Belém a ausência de direito líquido e certo, afirmando que já tendo expirado o prazo do concurso não há direito à nomeação, nos termos da Súmula 15 do STF.

Sustenta que a manutenção da decisão invade a seara privativa da administração, implicando em preterição dos candidatos aprovados no concurso e que não são autores da ação mandamental. E que deve ser respeitado os critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública, em obediência ao princípio da separação dos poderes.

Destaca o não cabimento da concessão de liminar em desfavor da Fazenda Pública.



Assevera a inexistência de saldo orçamentário para a nomeação.

Conclui requerendo concessão do efeito suspensivo para sustar os efeitos da decisão agravada, e, ao final, no mérito, o provimento do agravo para reformar a decisão agravada. Juntou documentos de fls. 19/52.

Vieram os autos distribuídos à minha relatoria (fl. 53).

Às fls. 55/56 indeferi o pedido de efeito suspensivo por não vislumbrar o preenchimento dos requisitos necessário ao seu deferimento.

A Agravada apresentou contrarrazões às fls. 56/62.

Instada a se manifestar na qualidade de *custus legis*, a Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso (fls. 67/73).

É o breve Relatório, síntese do necessário.

VOTO

O EXMO. SR. DES. ROBERTO GONÇALVES DE MOURA (RELATOR):

Presentes pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de Agravo de Instrumento e passo a analisá-lo.

Inicialmente, faz-se necessário ressaltar que, de acordo com o que dispõe o art. 14, do CPC/2015, a norma processual não retroagirá, de maneira que devem ser respeitados os atos processuais e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Eis o teor do referido dispositivo:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Desse modo, no caso em questão, hão de ser aplicados os comandos insertos no CPC/1973, porquanto em vigor por ocasião da publicação e da intimação da decisão ora agravada.

Cumpra esclarecer que, 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.

Havendo preliminar suscitada, passo a apreciá-la.

ILEGITIMIDADE PASSIVA

O Agravante sustenta a sua ilegitimidade passiva sob o fundamento de que a impetrante/ora agravada apontou duas autoridades coatoras (Prefeito Municipal de Belém e Secretário de Economia do Município de Belém) por estar em dúvida sobre qual delas teria legitimidade para constar no polo passivo da demanda, motivo pelo qual o processo deve ser extinto sem resolução do mérito por falta de uma das condições da ação.

Em que pese os argumentos apresentados pelo agravante, entendo que não merece prosperar a presente preliminar, visto que, como sabido, o mandado de segurança deve ser dirigido à pessoa que ordena ou omite prática de ato ilegal, e, no presente caso, a priori, entendo que as duas autoridades apontadas estão vinculadas ao ato omissivo de ausência de nomeação do candidato, isto porque o concurso foi realizado para provimento de vaga junto à Secretaria de Economia do Município de Belém, que está vinculada à Prefeitura de Belém.

Portanto, pelos motivos expostos, rejeito a presente preliminar.

MÉRITO



Cinge-se a demanda sobre o direito da impetrante/ora agravada de ver deferida a liminar em sede de mandado de segurança a fim de que seja nomeado e empossado no cargo de agente de vias públicas ofertado no Concurso Público nº 01/2012 – SECON/PMB, visto que foi aprovado dentro do número de vagas ofertadas para o referido cargo.

Pois bem, considerando a análise restrita que deve ser feita em sede de Agravo de Instrumento, relativamente ao acerto ou não da decisão que concede a medida liminar, verifico que, no presente caso, quanto a esse aspecto, restaram preenchidos os requisitos para o deferimento da liminar em sede de mandado de segurança.

Acerca do assunto, a da República de 1988 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, nos incisos seguintes, III e IV, a seguir reproduzidos, do mesmo artigo, a traz 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 o 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.

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) vagas para o cargo de agente de vias públicas (fl. 48) e que o candidato foi aprovado em 75º lugar (fl. 50), pelo que esta, diante disso, configurado o requisito do *fumus boni iuris* necessário para o deferimento da liminar.

Ademais, examinando os autos, verifico que o certame foi homologado em 07/06/2013 (fl. 49) e sua validade se exauriu em 08/06/2015. Por sua vez, o mandado de segurança foi impetrado em 14/08/2015, ou seja, dentro do prazo decadencial de 120 dias previsto na Lei 12.016/2009.

Por outro lado, não merece prosperar o argumento do agravante quanto à perda do direito à nomeação após expirado a validade do certame. Na verdade, esse argumento vai de encontro ao entendimento jurisprudencial de nossos tribunais, que entendem que durante o prazo de validade do certame a Administração Pública tem a discricionariedade de decidir o momento em que nomeará o candidato aprovado dentro do número de vagas, podendo tal ato ocorrer até o último dia do prazo de validade. Contudo, expirado esse prazo, o candidato aprovado e classificado dentro do número de vagas passa a ter o direito líquido e certo de ser nomeado e empossado.

Esse, inclusive, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:
ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. PRAZO DE VALIDADE NÃO EXPIRADO. EXPECTATIVA DE DIREITO.

1. Trata-se de Mandado de Segurança no qual a impetrante alega ter sido aprovada dentro do número de vagas em concurso para provimento de cargo de Assistente Técnico de Gestão em Pesquisa e Investigação Biomédica, sem a respectiva nomeação.
2. Enquanto não expirado o prazo de validade do concurso público, o candidato aprovado dentro do número de vagas possui mera expectativa de direito à nomeação, a ser concretizado conforme juízo de conveniência e oportunidade.
3. Segurança denegada. (MS 18.717/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 05/06/2013) (grifei)

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. PRAZO DE VALIDADE PRORROGADO. NOMEAÇÃO IMEDIATA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Durante o prazo de validade do concurso, a Administração possui discricionariedade quanto ao momento da nomeação do candidato aprovado, inexistindo, nesse período, direito líquido e certo.
Precedentes do STJ.
2. A prorrogação do prazo de validade do certame por mais dois anos possui autorização expressa no art. 37, III, da CF e também reside no poder discricionário da Administração, sendo defeso ao Judiciário analisar os critérios de oportunidade e conveniência que a norteiam.
3. Agravo regimental não provido. (AgRg no RMS 33.951/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 05/09/2011) (grifei)

Por fim, cumpre esclarecer que o argumento do Município Agravante de que ausência de orçamento para nomeação e, por isso, o impetrante não poderia ser nomeado, 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.

Isso porque a discricionariedade da Administração Pública para a prática dos atos de gestão persiste somente até o momento em que publicou o



edital informando o número de vagas para determinado cargo, durante o prazo de validade do certame. Tais circunstâncias predefinidas integram a motivação do ato administrativo de abertura do concurso e, com isso, o caráter discricionário do ato de provimento do cargo passa a vincular a Administração.

Deste modo, não se justifica a ausência de nomeação da agravada com fundamento em supostas restrições de natureza diversa, como a falta de dotação orçamentária e a ausência de cargos.

Conforme já destacado, não se trata de ato discricionário. Ou seja, no caso em apreço, a Administração está obrigada a convocar os aprovados no limite das vagas anunciadas, o que também justifica a interferência do Judiciário para garantir a efetivação do direito que está sendo violado.

Conseqüentemente, entendo que o Juízo de 1º grau agiu com acerto ao deferir liminar em mandado de segurança, ante a presença da fumaça do bom direito e do perigo da demora.

Pelo exposto, conheço do recurso de Agravo de Instrumento, porém nego-lhe provimento.

É o voto.

Belém, 17 de abril de 2017.

DES. ROBERTO GONÇALVES DE MOURA,
Relator