



ACÓRDÃO N.º: DJ:
1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO
AGRAVO DE INSTRUMENTO – Nº 0011422-49.2016.814.0000
SENTENCIANTE: 2ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL.
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE BELÉM
PROCURADOR: BRUNO CÉZAR N. DE FREITAS OAB/PA Nº 11.290
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ
PROMOTOR (A): MARIA DA PENHA DE MATOS BUCHARA ARAÚJO
RELATORA: DESEMBARGADORA EZILDA PASTANA MUTRAN

EMENTA

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. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA LIMINAR, ANTE LEI MUNICIPAL TER EXTINTO CARGOS OFERTADOS NO CERTAME – AFASTADA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO QUE SE TORNA EXIGÍVEL. REPERCUSSÃO GERAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE 837.311 RG / PI – PIAUÍ.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 598.099/MS, submetido ao regime da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que os candidatos aprovados em concurso público, com o prazo de validade expirado e classificado dentro do número de vagas previstas no edital, tem direito subjetivo à nomeação, independentemente de circunstâncias internas da Administração Pública.

Agravo de Instrumento conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de instrumento nº 0011422-49.2016.814.0000, da Comarca de Belém/PA.

ACORDAM os Exmos. Desembargadores que integram a egrégia 1ª Turma de direito público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade de votos, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto da relatora.

Belém (PA), 21 de junho de 2017.

Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de AGRAVO DE INSTRUMENTO com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo MUNICÍPIO DE BELÉM, contra decisão (fls. 517/519) proferida pelo MM. Juízo de Direito da 2ª Vara de Fazenda de Belém, que nos autos da AÇÃO CIVIL PÚBLICA, movida pelo MINISTÉRIO



PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ, que concedeu a tutela antecipada pleiteada na exordial, determinando à municipalidade que efetivasse a imediata nomeação, junto à Secretaria Municipal de Meio Ambiente – SEMMA, dos candidatos aprovados e classificados dentro do número de vagas ofertadas (cargos relacionados na inicial), no Concurso Público nº 01/2012-SEMMA/PMB, sob pena de multa mensal de R\$ 1.000,00 (mil reais), para cada nomeação não realizada.

Insurgem as razões recursais (fls. 02/21), que a Lei Municipal nº 7.507/91, apesar de ter criado os cargos ofertados no Concurso Público em questão, não estabeleceu o quantitativo de vagas de cada uma das categorias funcionais, e, sendo assim, não existiriam vagas disponíveis a serem preenchidas pelos candidatos.

Sustenta ainda, que somente com o advento da Lei 9.203/2016 passou a ser previsto quantitativo de cargos existentes na Administração Pública Municipal, contudo, alguns dos cargos ora reclamados, foram extintos pela referida norma, ao passo que os demais (não extintos) se encontram ocupados, ou impossibilitados de nomeação ante a escassez de recursos para tal.

Deste modo, aduzindo a ausência de direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados no certame em comento, requereu a concessão de efeito suspensivo ao recurso interposto, e ao fim, total provimento para revogar a decisão agravada nos termos aludidos.

Em sede de cognição sumária, deneguei a concessão do efeito postulado, ante a ausência dos requisitos autorizadores da medida (fls. 542/542v), procedendo a necessária formação do contraditório e minuciosa análise do caso concreto.

Apresentadas contrarrazões (fls. 457/567), o polo Agravado refutou as razões recursais, sustentando a improcedência da alegação de que a Lei Municipal nº 7.507/91 teria apenas criado os cargos, não estabelecendo o quantitativo de vagas, posto que em 2003 foi editada pelo Município de Belém a Lei nº. 8.233, estabelecendo a quantidade de vagas para cada um dos cargos da estrutura funcional da Secretaria Municipal de Meio Ambiente. Portanto, quando da deflagração do certame, em 2012, já havia disposição legal a respeito.

Instado a se manifestar o custos legis de 2º grau, o representante ministerial deixou de emitir parecer, por ser prescindível a atuação simultânea de mais de um órgão do Ministério Público em ações individuais ou coletivas, proposta por membro da Instituição.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório do essencial.

VOTO

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.

Assim, 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 nos cargos de Agente de Serviços Gerais, Auxiliar de Manutenção, Encanador, Pedreiro, Técnico Agrícola, Técnico Ambiental, Técnico em Laboratório, Assistente Social, Bacharel em Relações Públicas, Bacharel em Turismo, Engenheiro Civil, Engenheiro Químico, Meteorologista, Pedagogo, Psicólogo, Químico Industrial e Sociólogo, ofertados no Concurso Público nº 01/2012 – SEMMA/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 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).

Bem assim, 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 antigamente, a jurisprudência dominante era 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.

Ante tais considerações, constato que o presente caso não se refere à mera expectativa de direito quando da aprovação em concurso público, de acordo com entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, de fato, há direito líquido e certo à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, mesmo que o prazo de vigência do certame tenha expirado.

Firmo tal premissa levando em conta entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 598.099/MS, submetido ao regime da repercussão geral, que firmou entendimento de que os candidatos aprovados em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital possuem direito subjetivo à nomeação.

Nesse sentido:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 598.099/MS, submetido ao regime da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que os candidatos aprovados em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital possuem direito subjetivo à nomeação. 2. O candidato ora recorrente foi aprovado em concurso público para provimento de cargos de motorista no quadro de pessoal do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, obtendo a 7ª colocação na lista classificatória, em um total de 10 vagas previstas no edital de abertura do certame, deixando, no entanto, de ser nomeado pela Administração durante o prazo de validade do referido concurso público. 3. Recurso ordinário provido para que seja o recorrente nomeado para o cargo de Motorista, dando-se posse ao mesmo, caso cumpridos os demais requisitos legais e editalícios. (STJ - RMS: 30539 PR 2009/0184285-3, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 16/06/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2015) (grifo meu)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATA APROVADA DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL - CERTAME EXPIRADO - DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO - ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES - LIMINAR - REQUISITOS - COMPROVAÇÃO - RECURSO PROVIDO. 1. O candidato aprovado em concurso público, com o prazo de validade expirado e classificado dentro do número de vagas previstas no edital, tem direito subjetivo à nomeação, independentemente de circunstâncias internas da Administração Pública, conforme entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores. 2. Recurso provido. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0433.14.036512-6/001, Relator(a): Des.(a) Raimundo Messias Júnior, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 23/06/2015, publicação da súmula em 29/06/2015) (grifo meu)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. MUNICÍPIO DE TENENTE PORTELA. TÉCNICO DE ENFERMAGEM - ÁREA INDÍGENA. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DA VAGAS. PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME EXPIRADO. NOMEAÇÃO E POSSE. LIMINAR. 1. Considerando que a impetrante classificou-se dentro do número de vagas previsto no edital, deixando, no entanto, de ser nomeada dentro do prazo de validade do certame, em sede de cognição sumária, é detentora do direito subjetivo à nomeação. 2. Os argumentos do Município para justificar a ausência de nomeação da candidata



(cessação da necessidade de contratação de profissionais para atuar na saúde da reserva indígena) não restaram suficientemente demonstrados. Ademais a questão deverá ser inicialmente apreciada pelo Julgador a quo, respeitando-se o contraditório. 3. Liminar deferida na origem. AGRADO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70063487292, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 29/04/2015) (grifo meu)

Não obstante, compulsando os autos verifico que o certame foi homologado em 04/07/2012, pela publicação do DOM nº 12.125, e sua validade se exauriu em 04/07/2014 não existindo informações nos autos de que o concurso foi prorrogado por mais dois anos.

Ainda, é válido ressaltar que antes de ser deflagrado qualquer concurso público, há um processo administrativo anterior que analisa a necessidade de pessoal e a disponibilidade financeira do ente público, dentre outras questões relevantes.

Tal processo culminará na publicação do edital do concurso, instrumento pelo qual há a divulgação à população do quantitativo de novos funcionários que a Administração Pública necessita e as regras que regerão o certame.

Ademais, no que se 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 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 neste E. Tribunal, há julgados semelhantes ao ora enfrentado, adotando o mesmo posicionamento aqui fundamentado. 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 07/03/2016, Publicado em 17/03/2016)

AGRAVO INTERNO EM AGRADO DE INSTRUMENTO ? PROCESSO CIVIL. AGRADO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO LIMINAR. NOMEAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO 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 classificado 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 se 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. (2016.04739121-84, 168.108, Rel. MARIA FILOMENA DE ALMEIDA BUARQUE, Órgão Julgador 3ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Julgado em 24/11/2016, Publicado em 28/11/2016)

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: 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) (grifo meu)

Por todo o exposto, CONHEÇO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO, PORÉM, NEGOLHE PROVIMENTO, nos termos do art. 932, IV do NCPC, mantendo a decisão agravada na sua integralidade, tudo nos moldes e limites da fundamentação lançada, que passa a integrar o presente dispositivo como se nele estivesse totalmente transcrita.

É como voto.

Servirá a presente decisão com mandado/ofício, nos termos da Portaria nº 3.731/2015 – GP. P.R.I.

Belém (Pa), 21 de junho de 2017.

Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN
Relatora