



ACÓRDÃO N°
PROCESSO N° 0010515-31.2011.814.0051
1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO
APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO
COMARCA: SANTARÉM
APELANTE: MUNICÍPIO DE SANTARÉM
Procurador: Isaac Vasconcelos Filho
APELADO: VALDIR MATIAS AZEVEDO
Advogada: Jose Dias Campos
RELATORA: DESA. CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO.

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. PREJUDICIAL DE CARÊNCIA DA AÇÃO. REJEITADA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. EXONERAÇÃO DE CANDIDATO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRECEDENTE STF E STJ.

- 1- O juízo de primeiro grau concedeu a segurança para reconhecer o direito de o impetrante ser nomeado e empossado ao cargo 112 – Fiscal de Tributos, polo Santarém, desde que preenchidos os requisitos legais e editalícios;
- 2- A ação mandamental preventiva justifica-se ante a pretensão inibitória de presumível negativa da Administração em não reconhecer o direito do impetrante de ser convocado e nomeado;
- 3- Uma vez determinada, no edital convocatório, a necessidade de ocupação de dado número de vagas, fica o ente público vinculado a essa regra, de modo que deve chamar tantos concorrentes quantos restarem, na ordem sucessiva de classificação, até preencher as vagas ofertadas, por configurar-se em direito líquido e certo à nomeação, fundada na isonomia de tratamento em relação aos demais candidatos. Precedentes do STJ e STF;
- 4- Não obstante o apelado não haver sido classificado entre as vagas ofertadas, a exoneração de candidato classificado anterior à sua colocação, faz nascer seu direito de classificação. Assim, havendo a vacância de vaga, que seria destinada ao segundo lugar, resta atraído o direito do impetrante, já que é o candidato classificado subsequente na lista de cadastro de reserva;
- 5- Reexame necessário e recurso voluntário conhecidos; Apelação desprovida. Em reexame, sentença mantida em todos os seus termos.

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, os Excelentíssimos Desembargadores, integrantes da 1ª Turma de Direito Público, à unanimidade, em conhecer do reexame necessário e do recurso voluntário; negar provimento ao apelo e, em reexame, manter a sentença prolatada pelo Juízo a quo por seus próprios fundamentos.

1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, 09 de julho de 2018. Relatora Exma. Sra. Des. Célia Regina de Lima Pinheiro. Julgamento presidido pelo Exmo. Des. Roberto Gonçalves de Moura, tendo como segundo julgador o Exmo. Des. Roberto Gonçalves de Moura e como terceira julgadora, a Exma. Des. Ezilda Pastana Mutran.

Desembargadora CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO
Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. DESEMBARGADORA CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO
(RELATORA):



Trata-se de Remessa Necessária e Apelação Cível (fls. 258/277), interposto pelo MUNICÍPIO DE SANTARÉM, contra sentença (fls. 248/251) prolatada pelo juízo da 8ª Vara de Santarém que, nos autos de Mandado de Segurança Preventivo com pedido liminar, concedeu a segurança para reconhecer o direito do impetrante ser nomeado e empossado ao cargo 112 – Fiscal de Tributos, polo Santarém, desde que preenchidos os requisitos legais e editalícios, concernentes à regularidade de sua habilitação, conforme disposto em edital.

Em suas razões, o Município de Santarém aduz, preliminarmente, a ausência de direito líquido e certo, tendo em vista que o prazo do certame não havia se esgotado quando na impetração do mandamus. Porquanto, a administração ainda poderia, avaliando a conveniência e oportunidade, convocar novos candidatos.

Afirma, ainda em sede de preliminar, que o impetrante não é parte capaz para impetração do remédio, já que faz parte apenas do cadastro reserva do concurso, não possuindo, portanto, nenhum direito subjetivo a ser reclamado.

No mérito, alega a ausência de periculum in mora e fumus boni iuris; que a convocação e posse de candidatos é ato discricionário da administração pública e que há a necessidade de previsão orçamentária própria.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do recurso.

Contrarrazões às fls. 280/292, pugnando pela manutenção da sentença de primeiro grau.

Coube a mim a relatoria (fl. 295).

Parecer ministerial às fls. 311/313, manifestando-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A EXMA SRA. DESEMBARGADORA CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO (RELATORA):

Aplicação das normas processuais

Considerando que o recurso deve observar a legislação vigente na data em que proferida a decisão recorrida, passo a aplicar o CPC/73 ao exame da matéria, haja vista a prolação da sentença ser anterior à vigência da nova lei processual.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação e do reexame necessário e passo a analisar a matéria devolvida, na forma que segue:

Preliminar de Carência da Ação por Ausência de Direito Líquido e Certo

O apelante suscita, em preliminar, a carência da ação por ausência de direito líquido e certo, tendo em vista que o prazo do concurso ainda estava em plena validade.

A ação mandamental foi proposta na modalidade preventiva. Sobre esta via



de remédio constitucional, ensina Hugo de Brito Machado:

Em síntese e em geral, o mandado de segurança é preventivo quando, já existente ou em vias de surgimento a situação de fato que ensejaria a prática do ato considerado ilegal, tal ato ainda não tenha sido praticado, existindo apenas o justo receio de que venha a ser praticado pela autoridade impetrada. É preventivo porque destinado a evitar a lesão ao direito, já existente ou em vias de surgimento, mas pressupõe a existência da situação concreta na qual o impetrante afirma residir ou dela decorrer o seu direito cuja proteção, contra a ameaça de lesão, está a reclamar do Judiciário." (Hugo de Brito Machado, in "Mandado de Segurança em Matéria Tributária", Ed. Dialética, 6ª Ed., São Paulo, 2006, págs. 255/257)

Cuida-se de tutela mandamental preventiva consistente na pretensão inibitória de presumível negativa da Administração. Em outras palavras, ante a iminência de ter o seu direito violado, o impetrante, motivado por justo receio, busca a tutela jurisdicional. Isto porque, mesmo os candidatos aprovados dentro do número de vagas, só conseguiram tomar posse mediante pronunciamento judicial, e ainda, conforme consta das próprias informações e mantem-se no apelo, ora analisado, o Município não reconhece o direito do candidato, classificado apenas no cadastro reserva, de ser convocado e nomeado.

Ademais, verifico que, a validade do concurso expirou no mesmo mês em que o presente apelo foi interposto, conforme fl. 203 e 258.

Desta feita, não há que se falar em carência da ação por ausência de direito líquido e certo, ante o que rejeito a preliminar.

Preliminar de Incapacidade da Parte por Ausência de Direito Subjetivo

O apelante, suscita, ainda em preliminar, a incapacidade da parte por ausência de direito subjetivo, o que ensejaria na extinção do feito sem julgamento de mérito, consoante o art. , VI do /73.

No entanto, entendo que a matéria constante da preliminar se confunde com a própria questão de fundo da ação, e nada obsta que seja analisada juntamente com o mérito, razão por que assim o farei.

Mérito

Na origem, trata-se de mandado de segurança preventivo, onde o impetrante, candidato aprovado e classificado em 5º lugar no concurso 001/2008 da Prefeitura de Santarém, quer ter assegurado o seu direito de convocação e nomeação.

O juiz de primeiro grau, que negou a liminar, mas em sentença de mérito, concedeu a segurança, para reconhecer o direito líquido e certo do impetrante de ser convocado e nomeado, desde que preenchidos os requisitos editalícios.

Direito subjetivo à nomeação

O juízo de piso, entendeu que, embora o edital do concurso tenha previsto apenas 04 (quatro) vagas para o cargo, e o impetrante ter sido classificado



em 5º lugar, tendo o 2º colocado pedido exoneração da vaga para ocupar outro cargo público, conforme fls. 245/246, nasceu o direito subjetivo do candidato aprovado em 5º lugar, ora impetrante, de ser convocado e nomeado.

Em suas razões (fls. 258/277), o apelante, aduz que o impetrante, ora apelado, não possui direito líquido e certo, essencialmente por duas razões: (i) o candidato foi aprovado e classificado fora do número de vagas ofertadas, e (ii) necessidade de previsão orçamentária em lei.

Pois bem.

Em tese, o princípio da vinculação ao ato de convocação atrai a necessidade de que o ente público, faça cumprir os termos deduzidos no edital. A convocação sucessiva, na ordem de classificação, portanto, é regra que deve ser regiamente respeitada.

O impetrante foi aprovado e classificado em 5º lugar, no cargo de Fiscal de Tributos – 112 (fl. 82), cargo em que foram ofertadas apenas 4 (quatro) vagas. Conforme documentos apresentados, o candidato classificado em segundo lugar (fl. 82), em 24.02.2012, pediu exoneração do cargo para ocupar cargo federal (fl. 245/246). Nesse contexto, apesar da classificação do candidato em cadastro de reserva, os autos espelham que, das 04 (quatro) vagas ofertadas no certame para o cargo de Fiscal de Tributos, 01 (uma) vaga deixou de ser preenchida.

Não obstante o apelado não haver sido classificado entre as vagas ofertadas, a exoneração de candidato classificado anterior à sua colocação, faz nascer seu direito de classificação. Assim, havendo a vacância de vaga, que seria destinada ao segundo lugar, resta atraído o direito do impetrante, já que é o candidato classificado subsequente na lista de cadastro de reserva.

O candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital tem mera expectativa de direito em relação à sua nomeação, mas, comprovada a ocorrência de vaga, em razão da desistência ou de exoneração de candidato aprovado dentro do número de vagas que teve sua nomeação publicada em órgão oficial, nasce para o impetrante o direito líquido e certo de ser nomeada para o cargo pretendido.

O Supremo Tribunal Federal, com base no julgamento do referido RE nº 598.099/MS, também já decidiu que "o direito à nomeação 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. Precedentes" (RE 643674 AgR/AL, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 28/08/2013). (TJMG - Mandado de Segurança 1.0000.15.090085- 0/000, Relator(a): Des.(a) Geraldo Augusto, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 28/09/2016, publicação da súmula em 06/10/2016).

No mesmo liame, segue o entendimento jurisprudencial:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS. NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS IMEDIATAMENTE ANTERIORES, APROVADOS EM MELHORES COLOCAÇÕES. DESINTERESSE OU EXONERAÇÃO DOS CANDIDATOS NOMEADOS. COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VAGA E NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO IMEDIATO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. - Ao nomear os candidatos aprovados em melhor colocação a Administração demonstra a necessidade imediata do preenchimento da vaga, independentemente da quantidade de vagas prevista inicialmente



no Edital. Assim, como os candidatos nomeados ou desistiram ou foram exonerados, deveria o ente público, nomear imediatamente os próximos candidatos aprovados, dentre eles a impetrante, que está na 72ª colocação. (TJ-MG - MS: 10000170799209000 MG, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 28/02/2018, Data de Publicação: 06/04/2018)

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AGÊNCIA REGULADORA DE ÁGUAS, ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO DISTRITO FEDERAL - ADASA. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DESISTÊNCIAS E EXONERAÇÕES DE CANDIDATOS NOMEADOS PARA VAGAS EXISTENTES. DIREITO À NOMEAÇÃO DO CANDIDATO EM CLASSIFICAÇÃO POSTERIOR. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Segundo entendimento do STJ, embora a aprovação em concurso público fora das vagas previstas no edital do certame não gere direito subjetivo à nomeação e posse no cargo público, se, durante a validade do concurso, houver desistência ou exoneração de candidatos nomeados para vaga existente, o candidato em classificação posterior tem direito à nomeação, mesmo que inicialmente estivesse fora do número de vagas. 1. A alegação de ausência de dotação orçamentária não configura impedimento para as nomeações até o número de vagas previstas no edital do certame, já que a previsão editalícia faz presumir a existência de rubrica orçamentária com essa finalidade. 2. Apelação conhecida, mas não provida. Maior. (TJ-DF - APO: 20130111000399, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 30/09/2015, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 09/10/2015 . Pág.: 198)

CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO MANDADO DE SEGURANÇA CONCURSO PÚBLICO CARGO DE ASSISTENTE DE EDUCAÇÃO: SECRETÁRIO ESCOLAR DESISTÊNCIA/EXONERAÇÃO DE CANDIDATOS NOMEADOS EXISTÊNCIA DE VAGAS EXCEDENTES ÀS PREVISTAS NO EDITAL REGULADOR DO CERTAME ATO INEQUÍVOCO DA ADMINISTRAÇÃO VINCULAÇÃO DIREITO SUBJETIVO DO IMPETRANTE SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. O não preenchimento de todas as vagas dentro do prazo de validade do concurso, seja pela eliminação ou desistência de candidatos inicialmente habilitados dentro do número previsto no edital regulador do certame, gera o direito subjetivo, que se convola em direito líquido e certo, à nomeação de candidato classificado na posição imediatamente subsequente na lista de classificados. Precedentes do colendo STJ. 2. Segurança concedida (STF - ARE: 764402 DF, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 29/10/2013, Data de Publicação: DJe-221 DIVULG 07/11/2013 PUBLIC 08/11/2013)

Desta forma, diante da exoneração do candidato classificado em segundo lugar para a vaga ofertada, cumpria ao ora apelante convocar o impetrante, até que fosse suprida a falta. Ignorar a vaga, ao arrepio do compromisso assumido pela via do edital de abertura, reveste-se de medida ilegal que não deve prosperar.

Destarte, carece de fundamentação o argumento de que eventual nomeação determinada judicialmente ultrapassaria o limite de despesa de pessoal, culminando com a violação à Lei de Responsabilidade Fiscal. A publicação de edital de concurso com a criação de vagas para cargos públicos, somente é viável quando já realizada prévia dotação orçamentária, suficientes para atender às projeções de despesa de pessoal, o que afasta cabalmente o argumento sustentado de ausência de orçamento.

Por derradeiro, para que não se alegue omissão, quanto à Ação Civil Pública nº 0000126-76.2013.814.0051, noticiada na informação do Município de Santarém, esclareço que a referida ação foi sentenciada em 10-6-2014,



sendo homologado o acordo feito entre as partes litigantes e julgado extinto o processo com resolução do mérito com fundamento no art. 269, inciso III do CPC. Portanto, não há que se falar em suspensão do feito por prejudicialidade externa.

Ressalto ainda, que, em que pese constar na exordial o pedido de determinação de nomeação e posse, em análise lógico-sistemática da demanda, e em homenagem a fungibilidade dos pedidos, - segundo o qual não se considera extra petita o julgamento que defere à parte autora a concessão de benefício diferente daquele originalmente requerido, desde que preenchidas as condições estabelecidas pela legislação para tal concessão – entendo que o direito líquido e certo do impetrante declarado pelo Juízo a quo está em consonância com a jurisprudência pátria, pelo que não merece reparo a sentença recorrida.

Ante o exposto, conheço do reexame necessário e do recurso voluntário; nego provimento ao apelo e, em reexame, mantenho a sentença prolatada pelo Juízo a quo por seus próprios fundamentos.

É o voto.

Belém-PA, 09 de junho de 2018.

Desembargadora CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO
Relatora