

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível



APELAÇÃO.REMESSA NECESSARIA 0001823-74.2015.8.19.0035
PARTE APELANTE 1: DANIEL MAIA PIMENTEL VIEIRA
PARTE APELANTE 2: MUNICIPIO DE NATIVIDADE
PARTE APELADA: OS MESMOS

RELATOR: DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM

Mandado de Segurança. Concurso público para preenchimento do cargo de Procurador Jurídico do Município de Natividade. Impetração voltada ao reconhecimento do direito à nomeação e posse no cargo, para o qual o impetrante foi classificado em 1º lugar. Alegação de indevida anulação do certame por ausência de participação da OAB em suas fases e de preterição em razão da contratação de comissionados. Ordem parcialmente concedida para manter hígido o concurso. Apelações de ambas as partes. Anulação do ato homologatório do certame que se mostrou desarrazoada, diante da inexistência de previsão constitucional de participação da OAB em concursos para procuradores municipais. Imposição que não consta tampouco de lei municipal ou do edital. Prova documental pré-constituída a demonstrar a existência de diversos servidores ocupando de forma precária, atualmente, os cargos de procurador jurídico, ainda que sob outra denominação. Situação que revela não só a necessidade de pessoal para o exercício das funções correlatas, mas também a possibilidade econômica para tanto. Violação ao direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado e ao disposto pelo artigo 37, II da Constituição Federal. Notoriedade da atuação dos comissionados nas funções inerentes ao cargo de procurador municipal, a prescindir de prova, na forma do disposto pelo artigo 374, I do CPC/2015. Provimento do primeiro recurso (impetrante), desprovendo-se o segundo (impetrado).

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação.Remessa Necessária 0001823-74.2015.8.19.0035 em que consta como apelante 1: **DANIEL MAIA PIMENTEL VIEIRA**; como apelante 2: **MUNICIPIO DE NATIVIDADE** e como apelados: **OS MESMOS**, acordam os Desembargadores da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em prover o primeiro recurso (impetrante) e desprover o segundo (impetrado), na forma do voto do Desembargador Relator.



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **DANIEL MAIA PIMENTEL VIEIRA** contra ato imputado ao Chefe do Poder Executivo do **MUNICÍPIO DE NATIVIDADE**, objetivando ver reconhecido seu direito líquido e certo a nomeação, posse e exercício no cargo de Procurador Jurídico, com os direitos e deveres dele decorrentes.

Para tanto, relata ter prestado o concurso público nº 01/2014 para o cargo em questão, tendo alcançado a 1ª colocação na classificação geral, sendo o certame homologado pelo Prefeito Interino através do Decreto nº 11 de 25/06/2015. Afirma, entretanto, que após regular convocação por meio de Diário Oficial para comparecimento e apresentação de documentos, a nova Administração municipal – que tomou posse em 01/07/2015 – houve por bem recusar a habilitação dos candidatos, sob a justificativa de que teria encontrado irregularidades nas convocações.

Relata, ainda, que desde a posse do novo Prefeito, as funções próprias de Procurador Jurídico foram ocupadas por cargos comissionados, não obstante a validade do concurso público, realizado, conforme esclarece, em decorrência de Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre a Administração municipal e o Ministério Público.

Sustenta, por fim, que em 28/07/2015 o Chefe do Poder Executivo anulou o decreto que homologara o referido concurso público, nos termos do Decreto Municipal nº 05-A/2015, através do qual homologou parcialmente o concurso no tocante a todos os cargos, exceto o de Procurador Jurídico, sob a alegação de suposta ausência de participação da Ordem dos Advogados do Brasil nas fases do certame.

Nestes termos, pede a concessão de medida liminar para o fim de determinar-se a suspensão dos efeitos do Decreto nº 05-A/2015 no que tange à anulação do ato de homologação do certame para o cargo de Procurador Jurídico, sendo restaurada, por consequência, a vigência do Decreto Municipal nº 11/2015, bem como o ato que convocou o impetrante. Requer, ainda, que o

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível

Município impetrado se abstenha de preterir a ordem classificatória, assegurando ao impetrante a nomeação, posse e exercício no cargo para o qual restou classificado.

A liminar foi indeferida pela decisão de fls. e-501/503, contra a qual o impetrante interpôs agravo de instrumento (fls. e-506/514), ao qual se negou seguimento, nos termos da decisão monocrática de minha Relatoria, vista às fls. e-596/599.

Informações prestadas pela autoridade apontada como coatora às fls. e-532/537, alegando não ter praticado qualquer ato ilegal ou ofensivo ao direito do impetrante.

Impugnação da Procuradoria Municipal às fls. e-538/545, ao ensejo da qual suscita preliminar de inadequação da via eleita, em razão da necessidade de dilação probatória. No mérito, argumenta que a participação da OAB em todas as fases do certame é uma determinação constante da Constituição Federal, conforme artigos 93, I; 129, § 3º; e 132.

Promoção ministerial às fls. e-603/618, opinando pela concessão parcial da ordem.

A sentença de fls. e-621/625 teve seu dispositivo vazado nos seguintes termos:

Diante de todo o exposto, CONCEDO EM PARTE A SEGURANÇA declarando PARCIALMENTE NULO O DECRETO MUNICIPAL N° 05-A/2015, relativamente á anulação do certame para o cargo de Procurador Jurídico, mantendo-se hígido o concurso e o direito líquido e certo do impetrante de se ver nomeado para o referido cargo, a critério da Administração, em momento que julgue conveniente e oportuno, dentro do prazo de validade do concurso público.

Custas pro rata, na forma do artigo 86, caput, do novo CPC, observando-se a gratuidade de justiça deferida ao impetrante.

Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n° 12.016/2009.

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível

Decorrido o prazo recursal voluntário, encaminhem-se os autos à apreciação do Egrégio Tribunal de Justiça (Lei nº 12.016/2009, art. 14, § 1º).

Apelação do impetrante às fls. e-626/648 postulando a reforma parcial da sentença, ao fundamento de que a preterição da classificação restou demonstrada através da convocação de sete comissionados para cargos subordinados à Procuradoria Geral do Município de Natividade. Destaca, ainda, que o cargo para o qual se candidatou e logrou aprovação não está sendo ocupado por qualquer servidor efetivo. Nessa senda, pleiteia seja acolhido o pedido de nomeação do apelante para o cargo de Procurador Jurídico, tendo em vista a existência de vagas ociosas, a ausência de servidor efetivo no referido cargo e a configuração da preterição, deflagrada pelas nomeações em cargo em comissão de advogados que exercem atribuições próprias do mencionado cargo efetivo.

Apelação do Município de Natividade às fls. e-637-648, renovando os argumentos sustentados na impugnação.

Parecer ministerial às fls. e-671-676, opinando pelo desprovimento dos recursos.

Parecer da Procuradoria de Justiça às fls. e-684/688 opinando pelo provimento apenas do primeiro recurso.

É o relatório.

VOTO

Apelação interposta com fundamento no Código de Processo Civil de 2015. Recurso tempestivo, satisfeitos os demais requisitos de admissibilidade.

Cuida-se de mandado de segurança por meio do qual o impetrante busca ver reconhecido seu direito líquido e certo à nomeação e posse no cargo público municipal de Procurador Jurídico, para o qual foi aprovado em 1º lugar no concurso público realizado em 2014.

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível

Defende-se a Administração Pública municipal alegando a nulidade do certame em relação a esse cargo, por não ter sido observada a necessária participação da OAB em todas as fases do concurso, o que teria afrontado o disposto nos artigos 93, I; 129, § 3º; e 132 da Constituição Federal.

Referidos dispositivos constitucionais estabelecem:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

§ 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Vê-se, pois, que não há previsão constitucional de participação da OAB em concurso público para preenchimento do cargo de Procurador Jurídico nos Municípios. Como bem anotado pelo Ministério Público nos autos, *seria contraproducente e impraticável tal exigência pelos mais de 5.000 municípios brasileiros. Diga-se, ainda, que no caso vertente, nem lei municipal há prevendo tal exigência e nem no edital consta tal postulado.*

Nem se diga que a hipótese seria de observância do princípio da simetria, restando bastante claro, da leitura do artigo 132 da Constituição

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível

Federal, que, se o constituinte objetivasse contemplar também os municípios na exigência, a eles teria se referido expressamente.

Logo, conclui-se que a sentença concedeu com acerto a ordem impetrada para o fim de anular o ato administrativo impugnado. Passa-se, então, à controvérsia acerca da existência ou não de direito subjetivo do candidato aprovado em concurso público de ser nomeado.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento submetido ao rito da repercussão geral, estabeleceu a tese objetiva de que a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero, fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas previsto no edital. Confira-se:

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

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível

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

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível

*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, Rel. Min. **GILMAR MENDES**, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011)*

E, ainda em sede de repercussão geral, dispôs acerca da convocação de candidatos aprovados fora do número de vagas, quando comprovada a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada:

*DIREITO ADMINISTRATIVO. SEGUNDO AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONCURSO. SÚMULA 279/STF. PRECEDENTE. 1. O acórdão recorrido está alinhado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar o mérito de tema com repercussão geral, RE 837.311-RG – Tema 784, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, reconheceu o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público, fora do número de vagas previstas no edital, “quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração”. 2. Dissentir da conclusão adotada pelo Tribunal de origem demandaria necessariamente uma nova análise dos fatos e do material probatório constantes dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279/STF. 3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF). 4. Agravo interno a que se nega provimento. (ARE 989737 AgR-segundo/PR, Rel. Min. **ROBERTO BARROSO**, Primeira Turma, julgado em 26/05/2017)*

No caso dos autos, conforme se verifica das provas coligidas, existem diversos servidores ocupando de forma precária, atualmente, os cargos de procurador jurídico, ainda que sob outra denominação.

Ou seja, não obstante a existência do certame, o Município de Natividade não convocou os candidatos aprovados e mantém advogados ocupantes de cargo em comissão exercendo função inerente a procurador jurídico.

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível

No ponto, relevante ressaltar o compromisso de ajustamento de conduta firmado pelo Município de Natividade com o Ministério Público em 20/05/2009, através do qual se obrigou a promover a realização de concurso público para contratação de pessoal da área técnica de toda a estrutura da Prefeitura.

Ora, a contratação dos procuradores não só vem demonstrar a necessidade de pessoal para o exercício das funções correlatas, mas também a possibilidade econômica para tanto, sendo que a falta de nomeação e posse aos aprovados, carece de justa motivação e revela deslealdade administrativa. Tal conduta do impetrado viola o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado para o desempenho da mesma função em processo seletivo público, assim como atenta contra o disposto pelo artigo 37, II da Constituição Federal, que condiciona a investidura em cargo público à aprovação em concurso público específico para o cargo postulado.

Vale destacar o seguinte trecho do parecer da Procuradoria de Justiça, a respeito da contratação de comissionados:

Destarte, o conjunto de prova carreado aos autos permite visualizar que comissionados estão sendo utilizados, constantemente, para defender os interesses jurídicos do ente em questão, sempre ao argumento da conveniência e oportunidade da Administração. E esta realidade fática demonstra a necessidade de pessoal para a função perseguida, mantendo-se a municipalidade em situação omissa bastante confortável, eis que não se compromete com aqueles que efetivamente prestaram o certame e aguardam a convocação. Tal fato desobedece à regra constitucional que prega ser o acesso aos cargos públicos tão somente mediante concurso público, ressalvadas as exceções que o próprio texto magno elenca, que não se enquadram na situação descrita, pois se a necessidade fosse apenas temporária ou precária os contratados não continuariam a exercer as funções desejadas. Com efeito, a mera expectativa de direito à nomeação se convola em direito subjetivo quando no prazo de validade do concurso a Administração contrata pessoal de forma precária para o preenchimento das vagas previstas no edital, ou pretere a classificação existente, ou ainda, mantém pessoal temporário quando as funções exigem definitividade, isto em razão da ofensa aos princípios do concurso público, da moralidade e da impessoalidade, previstos no art. 37, inciso II, da CR/88.

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível

(...)

Por todos é conhecido competir à Administração, por meio do seu poder discricionário, decidir pela contratação ou nomeação de pessoal para ingressar em seus quadros funcionais. Contudo, tal discricionariedade repousa, sem parecer redundância, justamente na precariedade e temporariedade do exercício das funções, o que não é o caso, já que verificado que tais características estão sendo comprometidas. Ao ver desta Procuradoria de Justiça resta provado que o Poder Público tem realizado a referida contratação em detrimento dos candidatos que realizaram o concurso. Noutra giro, a permanecer a decisão da forma em que se deu a inércia pode se perpetuar, fazendo tabula rasa do comando judicial, eis que a anulação do decreto, sem um comando efetivo, com a espera da vontade administrativa em convocar, pode fazer com que a situação atual conserve-se inalterada.

Ressalta-se a notoriedade da atuação dos comissionados nas funções inerentes ao cargo de procurador municipal, o que inclusive prescinde de prova, na forma disposta pelo artigo 374, I do Código de Processo Civil de 2015 ¹.

Assim, deve ser reconhecido o direito do impetrante à nomeação, posse e exercício no cargo de Procurador Jurídico que, considerando sua colocação em 1º lugar na ordem classificatória, deve ser imediato.

À conta de tais fundamentos, hei por bem votar no sentido de **dar provimento ao primeiro recurso (impetrante), desprovendo o segundo (impetrado)**, para reformar em parte a sentença e determinar a imediata nomeação, posse e exercício do impetrante no cargo de Procurador Jurídico do Município de Natividade. No mais, fica mantida a sentença tal qual foi lançada.

Rio de Janeiro, 19 de julho de 2017.

DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM

Relator

C

¹ Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;