

**Concurso público - Candidato classificado dentro
das vagas previstas no edital - Direito subjetivo
à nomeação - Extinção dos cargos antes do
provimento através de lei posterior -
Impossibilidade**

Ementa: Apelação cível. Ação cominatória. Concurso público. Candidato classificado dentro das vagas disponibilizadas no edital do certame. Direito subjetivo à nomeação. Ato vinculado. Extinção dos cargos. Lei posterior. Impossibilidade. Sentença mantida.

- A classificação de candidato dentro do número de vagas ofertadas em edital gera o direito subjetivo à nomeação, e não a mera expectativa de direito, privilegiando-se os princípios da boa-fé administrativa, razoabilidade, lealdade, isonomia e segurança jurídica.

- Apesar de o Município ter a prerrogativa de extinção de cargos, não pode fazê-lo quando existentes candidatos aprovados em concurso público válido dentro do número de vagas previsto no edital.

Recurso ao qual se nega provimento.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0153.11.002029-1/001 -
Comarca de Cataguases - Apelante: Município de
Cataguases - Apelado: Vanderlúcio de Souza Rodrigues
- Relatora: DES.^a TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 7 de março de 2013. - Teresa Cristina da Cunha Peixoto - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.^a TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Conheço do recurso, por estarem reunidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Trata-se de “ação cominatória com pedido de tutela antecipada” ajuizada por Vanderlúcio de Souza Rodrigues em face do Prefeito Municipal de Cataguases, alegando que se submeteu a concurso público para a vaga de guarda municipal, tendo logrado êxito, sendo aprovado dentro do número de vagas oferecidas pelo edital. Afirma que não foi nomeado, estando a Prefeitura em vias de extinguir os cargos de guarda municipal, através de projeto de lei, o que não pode prevalecer, requerendo a procedência do pedido, com a sua condução ao cargo público de guarda municipal, compelindo-se a Municipalidade a manter a guarda municipal.

O Magistrado singular, às f. 163/171, julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar o Município de Cataguases a promover, em quinze dias, “a nomeação e posse do autor ao cargo de guarda municipal, após o que poderá ser reclassificado para o cargo de agente administrativo por conta da extinção do primeiro cargo” (f. 170).

Inconformado, apelou o Município de Cataguases (f. 177/185), aduzindo que “nunca houve guarda civil municipal no Município de Cataguases, não havendo razão para contratação dos servidores a uma instituição inexistente” (f. 180), ressaltando que

o autor/apelado prestou concurso para preenchimento de 50 empregos públicos que foi extinto por desnecessidade; sua aprovação, por si só, não enseja direito subjetivo a um cargo, à nomeação, através de contratação celetista, quando inexistente a própria guarda civil municipal de Cataguases/MG (f. 180/181).

Sustentou que “nomear o autor/apelado sem cargo a ser preenchido é entender pelo preenchimento de cargo não existente, gerando despesa irregular à administração, o que é vedado por nosso ordenamento jurídico, até, pois, no caso, há incidência da aplicação do art. 462 do CPC” (f. 184), pugnando pelo provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 188/194.

Revelam os autos que Vanderlúcio de Souza Rodrigues ajuizou ação cominatória contra o Prefeito Municipal de Cataguases, alegando que foi aprovado no concurso público para guarda municipal dentro do número de vagas, sendo que não foi nomeado e a Administração está em vias de extinguir os cargos. O pedido foi julgado parcialmente procedente em primeiro grau, motivando a presente irresignação.

Extrai-se dos autos que, através do Edital nº 001/2006, a Prefeitura Municipal de Cataguases realizou concurso público de provas e títulos para preenchimento, dentre outros, de cargos da guarda municipal, para o qual previu 50 vagas (f. 27/45).

O autor foi aprovado em 16º (classificação) (f. 60 e f. 65).

O Decreto nº 3.574/09 prorrogou a validade do resultado final do concurso público homologado pelo Decreto nº 3.296/2007 até 27/04/2011 (f. 57/59).

A respeito do que se debate, registro que vinha entendendo que a aprovação em concurso público não conferiria direito absoluto à nomeação, havendo simples expectativa de direito do candidato, porquanto o interesse público prevaleceria sobre o privado, agindo o Poder Público segundo sua conveniência e oportunidade.

Todavia, não se pode deixar de considerar o novo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a classificação de candidato dentro do número de vagas ofertadas em edital gera o direito subjetivo à nomeação, e não a mera expectativa de direito, privilegiando-se os princípios da boa-fé administrativa, razoabilidade, lealdade, isonomia e segurança jurídica:

Administrativo. Mandado de segurança. Aprovação em concurso público. Nomeação. Direito subjetivo. 1. A classificação de candidato dentro do número de vagas ofertadas pela Administração gera não a mera expectativa, mas o direito subjetivo à nomeação. 2. 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. Precedentes. 3. A manutenção da postura de deixar transcorrer o prazo sem proceder ao provimento dos cargos efetivos existentes por aqueles legalmente habilitados em concurso público importaria em lesão aos princípios da boa-fé administrativa, da razoabilidade, da lealdade, da isonomia e da segurança jurídica, os quais cumpre ao Poder Público observar. 4. Afasta-se a alegada conveniência da Administração como fator limitador da nomeação dos candidatos aprovados, tendo em vista a exigência constitucional de previsão orçamentária antes da divulgação do edital (art. 169, § 1º, I e II, CF). 5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança (RMS 27.311/AM, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 04.08.2009, DJe de 08.09.2009).

Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Auditor fiscal do Estado da Bahia. Convocação dos aprovados. Eliminação de candidato habilitado. Ausência do preenchimento de vaga ofertada no edital. Direito subjetivo à nomeação do candidato inicialmente posicionado além do

número de vagas. Direito líquido e certo. Recurso provido.

1. O princípio da moralidade impõe obediência às regras insculpidas no instrumento convocatório pelo Poder Público, de sorte que a oferta de vagas vincula a Administração pela expectativa surgida entre os candidatos aprovados dentro do número de vagas. 2. O não preenchimento de todas as vagas ofertadas dentro do prazo de validade do concurso, em razão da eliminação de candidato inicialmente habilitado dentro do número previsto em Edital, gera o direito subjetivo à nomeação do candidato classificado na posição imediatamente subsequente na lista de classificados. 3. Explicitada a necessidade de a Administração nomear 48 auditores-fiscais, o ato de nomeação do recorrente, diante do desinteresse de candidato aprovado em tomar posse, deixou de ser discricionário para se tornar vinculado, uma vez que passou a se enquadrar dentro do número de vagas previstas no edital do certame. 4. Recurso provido para determinar a convocação do recorrente para realizar os exames inerentes à fase final do certame e, no caso de preenchimento dos requisitos necessários, a nomeação para o cargo de Auditor Fiscal do Estado da Bahia, com atuação na área de Administração, Finanças e Controle Externo (RMS 27.575/BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 20.08.2009, DJe 14.09.2009).

In casu, tendo o autor sido aprovado dentro do número de vagas previsto em edital, tem o direito de ser nomeado e empossado no cargo.

Todavia, é de se estabelecer que a ação foi ajuizada (14.03.2011), antes de decorrido o prazo de validade do concurso, que ocorreria em 27.04.2011, e, nesses casos, entendo que, dentro do prazo de validade do concurso público, o ato de nomeação é de inteira discricionariedade, cabendo ao administrador a avaliação de sua adequabilidade.

O entendimento adotado encontra ressonância na jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

Recurso ordinário - Mandado de segurança - Concurso público - Prazo de validade não esgotado - Nomeação - Candidato. 1. Inviável o mandado de segurança impetrado com a finalidade de determinar à Administração que nomeie candidato aprovado antes de expirado o prazo de validade do concurso. Ausência de prática de ato ilegal, observando-se a ordem de classificação dos candidatos aprovados. Ofensa a direito líquido e certo não configurada. 2. Recurso ordinário não provido. (RMS 31860/PB, Rel.ª Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.08.2010, DJe DE 30.08.2010.)

Agravo regimental em recurso especial. Direito administrativo. Concurso público. Direito à nomeação. Inexistência. Ausência do transcurso do prazo de validade. 1. Possui expectativa de direito à nomeação o aprovado dentro do número de vagas enquanto não expirado o prazo de validade do concurso, período dentro do qual possui a Administração Pública discricionariedade em relação ao momento da nomeação. 2. '[...] como o certame ainda está dentro de seu prazo de validade, as efetivas nomeação e posse devem guardar observância aos critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública.' (RMS nº 32.660/RN, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, in DJe de 12.11.2010). 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp

1235844/MG, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 22.03.2011, DJe de 18.04.2011.)

Ainda sobre o assunto, confira-se a jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça:

Ementa: Mandado de segurança. Concurso público. Candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital. Inexistência de direito líquido e certo à nomeação imediata. Ato administrativo discricionário, desde que dentro do prazo de validade do certame. - 1. O candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas no instrumento convocatório, tem direito líquido e certo à nomeação. 2. A Administração goza de discricionariedade para escolher o momento mais oportuno e conveniente para a nomeação dos candidatos aprovados, desde que o faça dentro do prazo de validade do certame. 3. Denegada a segurança. (Mandado de Segurança nº 1.0000.08.486355-4/000 - Relatora: Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade, jul. em 06.05.2009, pub. em 24.07.2009.)

Todavia, o caso em análise guarda uma peculiaridade, por força da existência de projeto de lei visando à extinção dos cargos da guarda municipal (f. 68/69), o que ensejou o ajuizamento da demanda, tendo em vista que, com a sua edição, o autor não mais seria nomeado, devendo ser aplicado o disposto no art. 462 do Código de Processo Civil.

Dessa feita, passo à análise dos fatos ocorridos nos autos, registrando que, no Município de Cataguases, a Lei nº 3.547/06, datada de 11 de outubro de 2006, fez adequação no Plano de Cargos e Salários do Município, criando 50 novos cargos de guarda municipal, de nível médio, estabelecendo as suas atribuições consoante item VI (f. 99).

Tanto assim que, em 22 de outubro de 2006, foi expedido edital para o provimento das vagas de guarda municipal.

Ocorre que, em 1º de abril de 2011, ou seja, após mais de quatro anos após ter sido homologado o concurso e antes de vencido o seu prazo de validade, o Município de Cataguases editou a Lei nº 3.901/11, estabelecendo no art. 1º que:

Art. 1º Em face da desnecessidade, fica revogado o item VI do § 2º do art. 1º da Lei 3.547/2006, bem como os cargos de Guarda Municipal do quadro do mesmo artigo.

Parágrafo único. Os servidores nomeados até a presente data para o cargo de Guarda Municipal serão reclassificados para o cargo de Agente Administrativo (f. 118).

Dessa feita, entendo que a Administração Pública não pode desconsiderar um concurso válido, deixando de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto em edital, com foco em lei posterior que extinguiu os cargos, que anteriormente haviam sido criados por lei, e para os quais foi realizado certame.

Registro que competia ao Município se cercar de todos os cuidados antes da realização do concurso, no que concerne à efetiva necessidade dos cargos e conse-

quente utilidade, atento, ainda, à dotação orçamentária, tendo em vista que a aprovação do candidato dentro do número de vagas do edital gera o direito de ser nomeado.

Esta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo. Concurso público. Candidato classificado dentro do número de vagas previstas no edital. Direito subjetivo a ser nomeado no prazo de validade do concurso. - 1. A possibilidade de o Supremo Tribunal Federal modificar seu entendimento não implica necessidade de sobrestamento do recurso especial. 2. Esta Corte Superior adota entendimento segundo o qual a regular aprovação em concurso público em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital confere ao candidato direito subjetivo a nomeação e posse dentro do período de validade do certame. 3. Este entendimento foi recentemente confirmado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 598099, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 10.08.2011, Repercussão Geral, mérito DJ 03.10.2012. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 209.870/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23.10.2012, DJe de 06.11.2012.)

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Concurso para o cargo de psicólogo judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Classificação dentro do número de vagas previsto no edital. Direito à nomeação. Controvérsia decidida pelo STF no julgamento do re 598.099/ms. Impetração antes do prazo final de validade do certame. Art. 462 do CPC. Incidência. - 1. 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 (RE 598.099/MS, Tribunal Pleno, Min. Gilmar Mendes, Sessão de 10.08.2011). 2. Embora o mandado de segurança tenha sido impetrado antes do prazo final de validade do certame, é de se levar em conta o teor do art. 462 do CPC ("Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença") para o fim de se reconhecer o direito líquido e certo afirmado na inicial. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RMS 34.023/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 18.09.2012, DJe 24.09.2012.)

Agravo regimental no recurso em mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital. Direito subjetivo à nomeação. - 1. O candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital tem direito subjetivo a ser nomeado no prazo de validade do concurso. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RMS 28.823/MS, Rel. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, julgado em 15.05.2012, DJe 26.06.2012.)

Não discrepa o entendimento desta Corte de Justiça:

Cargo público. Desnecessidade. Extinção. Competência. A desnecessidade de determinado cargo, podendo ser feita por decreto, só pode abranger cargo provido, jamais cargo vago, porque ele não será provido ou bastará não provê-lo. - A extinção de cargos só pode ser feita por lei de iniciativa do Executivo. - Viola direito líquido e certo de servidor municipal, aprovado em concurso público e em exercício, sem o devido processo legal, o simples decreto de extinção de cargos e

portaria de sua desnecessidade. - Segurança concedida que se confirma. (Apelação Cível 1.0000.00.168241-8/000, Rel. Des. Hugo Bengtsson, 5ª Câmara Cível, julgamento em 10.02.2000, publicação da súmula em 25.02.2000.)

Mediante tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante, isento, na forma da lei.

DES. ELPÍDIO DONIZETTI - De acordo com a Relatora.

DES. BITENCOURT MARCONDES - De acordo com a Relatora.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...