



Aprovados dentro do número de vagas têm de ser contratados

13/09/2006

A administração do concurso tem que respeitar as normas do edital e só pode se recusar a chamar os candidatos aprovados dentro do número de vagas oferecidas se houver justificativa plausível para isso. O entendimento é do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que concedeu Mandados de Segurança determinando a imediata nomeação e contratação de candidatos aprovados no concurso promovido pelo município de São Gonçalo (RJ) em março de 2004.

Os desembargadores do Rio têm sido contrários ao entendimento de que os candidatos aprovados em concurso têm mera expectativa de direito para serem contratados. Segundo os membros do TJ fluminense, a Justiça tem que intervir sobre a administração de concurso que não apresenta motivo para não preencher o número de vagas disponíveis conforme o edital.

Os aprovados levantaram a tese de que, como o concurso chegou ao fim sem que fosse prorrogado, e sem que fossem convocados todos os candidatos aprovados, a administração deveria nomear os candidatos aprovados.

Entre os casos, está o de uma candidata para a vaga de nutricionista que conseguiu que o município a contratasse já que não houve motivação para que ela não fosse chamada. O relator, desembargador Pedro Freire Raguenet, da 16ª Câmara Cível do Rio de Janeiro, entendeu que se a candidata se classificou dentro do número de vagas oferecidas ela merece a sua nomeação.

Para o desembargador, “a inércia da Administração não se justifica, pois se houve necessidade de contratação de servidores públicos é, ao mínimo, incongruente que, realizado o certame, não venha aquele a dar posse a estes que foram regularmente aprovados e que, se presume, façam falta ao ente público para prestação”.

Outra candidata aprovada em 17º lugar também para o cargo de nutricionista, que abriu 38 vagas no edital, também obteve sua imediata nomeação e contratação. O relator, desembargador Ricardo Fernandes, da 5ª Câmara Cível do TJ do Rio, entendeu que “cabe à Administração Pública alegar motivo relevante para justificar a ausência de nomeação dos candidatos aprovados de acordo com o número de vagas. ‘In casu’, a defesa da autoridade municipal está baseada no exercício da discricionariedade administrativa”.

Como algumas decisões já transitaram em julgado, alguns dos aprovados já foram contratados pelo município, conforme Diário Oficial do município de 30 de agosto e 1 de setembro de 2006.

MS 2006.004.00686 e 2006.004.00688

Leia a íntegra de uma das petições:

EXMO^o SR. DR. DESEMBARGADOR 1^o VICE-PRESIDENTE DO EGREGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

"Sobremodo no Estado de Direito, repugnaria ao senso normal dos homens que a existência de discricção administrativa fosse um salvo conduto para a Administração agir de modo incoerente, ilógico, desarrazoado e o fizesse precisamente a título de cumprir uma finalidade legal, quando - conforme se viu - a discricção representa, justamente, margem de liberdade para eleger a conduta mais clarividente, mais percuciente ante as circunstâncias concretas, de modo a satisfazer com a máxima precisão o escopo da norma que outorgou esta liberdade." CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "Discricionariedade e controle jurisdicional", 2^a ed., Malheiros, Pg. 97

..... brasileiro, casado, téc. radiologia, vem, respeitosamente, perante V. Exa., com fundamento no inciso LXIX do art. 5^o da Constituição Federal, c/c o disposto na Lei n.º 1.533/51 e alterações posteriores, impetrar

MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR,

Contra ato do (a) **PREFEITO (A) DO MUNICIPIO DE SÃO GONCALO**, com endereço para notificação na Rua Feliciano Sodré, 100, Centro, São Gonçalo - RJ, em razão dos motivos fáticos, jurídicos e probatórios que passa a expor:

Preliminarmente

a) Da Gratuidade de Justiça

Afirma o impetrante, sob as penas da lei e na forma do artigo 4^o da lei 1060/50, que é economicamente e juridicamente hipossuficiente, portanto titular do direito público subjetivo à assistência integral a gratuita, nos precisos termos do artigo 5^o, LXXIV da Constituição da República e do artigo 30, caput e seu parágrafo 2^o da constituição deste estado, fazendo jus, pois, à **gratuidade de justiça**.

b) Da Legitimidade Passiva *Ad Causam*

Não há como deixar de se perceber a legitimidade da Exma. Sra. Prefeita de São Gonçalo para figurar no pólo passivo do presente *writ*, já que, conforme se observa nas provas trazidas à baila pelo impetrante, foi esta autoridade que divulgou o edital do concurso, esta autoridade que homologou tal concurso, e concluindo, é esta mesma autoridade que, conforme previsão editalícia, deverá contratar os aprovados do presente certame.

Neste sentido é de se observar a doutrina de Hely Lopes Meireles dando conta de que **“É o Alcaide parte legítima para integrar o pólo passivo da mandamental, eis que “investida do poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal” (HELY, Mandado de Segurança..., Malheiros, 17ª edição, 1996, pág. 25), sendo orientação Pretoriana que “incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade ... (RT 492/198).”**

Sobre o tema há vários precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE. AUTORIDADE. I – A autoridade que deve figurar como coatora na impetração é aquela que praticou a ação ou omissão lesiva ao direito dos impetrantes, bem como detém poderes para corrigir a ilegalidade. II – A tabela que impôs os valores tidos como ilegais pelos impetrantes foi editada pelo próprio Prefeito Municipal e não pelo Sr. Diretor do Departamento de Recursos Humanos, autoridade que apenas adequou os valores dos vencimentos dos servidores aos níveis impostos pelo Chefe do Executivo que, portanto, é o legitimado para integrar o feito. Recurso provido.” (RMS 14.475/SP, de minha relatoria, DJU de 01/07/2002).

“AGRAVO INTERNO - MANDADO DE SEGURANÇA - LEGITIMIDADE PASSIVA - GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL - AUTORIDADE COATORA - ATO DE EFEITO CONCRETO - INCORPORAÇÃO DE QUINTOS I - Autoridade coatora é aquela que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas. II - O Decreto expedido pelo Governador do Distrito Federal teve efeitos concretos, sendo este, portanto, autoridade legítima para figurar no pólo passivo do mandado de segurança. Precedentes: ERESP 113378/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, RESP 147784/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves e RESP 113661/DF, Rel. Min. Edson Vidigal. III - Agravo Regimental desprovido.” (AgRg/Resp 113.014/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 25/06/2001).

“(…).1. A autoridade que tem poderes para corrigir o ato impugnado é a que detém legitimidade passiva para figurar no Mandado de Segurança, sobretudo quando tal autoridade é a signatária da norma na qual lastreou-se a impugnada redução no valor da pensão. (...)” (MS 7.372/DF, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 03/09/2001).

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA. GOVERNADOR E SECRETÁRIO DE ESTADO. SERVIDORES PÚBLICOS VINCULADOS A FUNDAÇÃO PÚBLICA. AUTORIDADE COATORA - Autoridade coatora é aquela que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas - Embargos

rejeitados.” (EResp 113.378/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 18/09/2000).

Inúmeras são as decisões daquela corte no sentido do que vem sendo defendido, que para não alongar demais o arrazoado se deixa de transcrever.

E para que não reste qualquer sombra de dúvida, com relação a legitimidade da prefeita para figurar no pólo passivo deste *mandamus* o impetrante, apela mais uma vez a lição do insigne mestre Hely Lopes Meireles que **“Considera autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado(...). Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas conseqüências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela.”** (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Hábeas Data”, Malheiros, 19ª edição, 1998, p. 54)

c) Da Tempestividade Da Impetração

De início é preciso destacar, ainda, que a **não** contratação do impetrante e **não** motivação do ato que culminou com a não prorrogação do prazo de validade do concurso constituem **atos omissivos da administração**, e como tal, não operam em decadência, para os fins do que determina a lei de Mandado de Segurança, sendo neste sentido que vem se manifestando a jurisprudência e doutrina majoritários, *in verbis*:

“CONCURSO EXPECTATIVA DE DIREITO ATO OMISSIVO DECADENCIA INOCORRENCIA MANDADO DE SEGURANCA. Ato Omissivo. Decadência. Inocorrência. Tratando-se de ato omissivo de autoridade impetrada, não ocorre a decadência do direito, porque não há ato lesivo. Nesse caso, a segurança pode ser impetrada a qualquer tempo para fazer cessar a omissão. (...)”. (2003.004.01425 – Mandado De Segurança Des. Sergio Cavalieri Filho – Julgamento: 26/04/2004 – Orgao Especial)

“Recurso ordinário em mandado de segurança - Enquanto há omissão continuada da Administração Pública, não corre o prazo de decadência para a impetração do mandado de segurança, sendo certo, porém, que essa omissão cessa no momento em que há situação jurídica de que decorre inequivocamente a recusa, por parte da Administração Pública, do pretendido direito, fluindo a partir daí o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a impetração da segurança contra essa recusa. - Em se tratando de concurso público, a abertura de novo concurso pela Administração Pública traduz situação jurídica de evidente recusa de aproveitamento dos candidatos do concurso anterior, pondo termo, assim, à omissão continuada pela falta desse

aproveitamento, começando a correr o prazo de decadência para a impetração da segurança. - Ocorrência, no caso, da decadência. Recurso ordinário a que se nega provimento. (ROMS 239879, STF, Min. Moreira Alves em 25-03-2003)

“DECADÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA - ATO OMISSIVO. Tratando-se de ato omissivo - no caso, a ausência de convocação de candidato para a segunda fase de certo concurso -, descabe potencializar o decurso dos cento e vinte dias relativos à decadência do direito de impetrar mandado de segurança, prazo estranho à garantia constitucional. (ROMS 236578, STF, Min. Marco Aurélio, em 21-11-2000).

Assim, ante o entendimento firme a que chegaram os Egrégios Tribunal de Justiça deste Estado e o Supremo Tribunal Federal, no sentido de que **o prazo para se impetrar mandado de segurança não flui em vista de atos omissivos**, o impetrante requer, desde já, **seja rejeitada qualquer preliminar de decadência, que venha, eventualmente, a ser oposta.**

No Mérito

I. Dos Fatos

Em outubro do ano de 2003 o município de São Gonçalo divulgou, através de ato do prefeito, edital de concurso público para provimento de vagas em diversos cargos, tendo o impetrante se candidatado para o cargo de TÉCNICO DE RADIOLOGIA;

O impetrante após resultado final deste certame (onde não cabia mais recurso, e, após a homologação), atingiu a 17ª (décima sétima) posição, ficando, portanto, dentro do número de classificação; já que o total de vagas oferecidos, no edital, para este cargo foi de 19 (dezenove) vagas;

Tal concurso fora homologado em 11 de março do ano de 2004, ou seja, há mais de dois anos; tendo perdido a sua validade no mês de março deste ano sem que houvesse prorrogação, sem que fosse chamado todos os candidatos aprovados dentro do número de vagas e, ainda, **sem que fosse exposto qualquer motivo declarando desnecessários os cargos vagos;**

Além do mais se torna necessário destacar (e fazemos isso com destaque) a grande necessidade de recursos humanos que os municípios encontram numa área tão sensível como a da saúde (v. g. **técnicos**, medicina, fisioterapia, terapia ocupacional), merecendo destaque matéria publicada no jornal O DIA de **19 de maio de 2006**, sobre o caos na saúde de São Gonçalo, dando conta de que **“o relatório aponta carências que colocam em risco a vida dos pacientes: falta de profissionais, de remédios, aparelhos quebrados e condições precárias de higiene comprometem gravemente o atendimento (...)”**

De se ressaltar que este Egrégio Tribunal de Justiça, quando do julgamento dos *mandamus* 686/06 e 688/06, em 18 e 25 de julho de 2006, respectivamente, impetrados após o termino de validade do certame e em que figurou no pólo passivo o PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO, **concedeu a ordem a candidatos aprovados no mesmo concurso e em situação idêntica a dO impetrante, reconhecendo a nulidade do ato administrativo desmotivado.**

Estando tais acórdãos assim ementados:

“Ação de mandado de segurança. Candidata aprovada em concurso público para o cargo de nutricionista no município de São Gonçalo em 17º lugar, dentro do número de vagas previsto no edital (38). Direito subjetivo que decorre da vinculação ao edital. Cabe à Administração Pública alegar motivo relevante para justificar a ausência de nomeação dos candidatos aprovados de acordo com o número de vagas. ‘In casu’, a defesa da autoridade municipal está baseada no exercício da discricionariedade administrativa. Concessão da ordem para garantir à impetrante a nomeação e a posse no cargo de nutricionista.” (Mandado de Segurança 2006.004.00688, 5º CC, Rel. JDS. Des. Ricardo A. Fernandes, em 25-07-06) (grifamos).

“Mandado de segurança. Inconformismo da impetrante regularmente aprovada em concurso de provas e títulos para o cargo de nutricionista, não empossada. Se a impetrante faz prova de classificação suficiente para ocupar um dos cargos oferecidos, faz jus à sua nomeação. Inércia da Administração que não se justifica, pois se houve necessidade de contratação de servidores públicos é, ao mínimo, incongruente que, realizado o certame, não venha aquele a dar posse a estes que foram regularmente aprovados e que, se presume, façam falta ao ente público para prestação. A discricionariedade no atuar da Administração não é absoluta, até mesmo porque a lei impõe limitações neste atuar; acaso ultrapassados os mesmos, seja por um fazer, seja por um não fazer, tal conduta passa a ser contrária à lei e sujeita ao controle pelo Poder Judiciário como tal, se entende presença de irregularidade na conduta da autoridade apontada como coatora, sendo certo que assiste à impetrante o direito de haver a posse do cargo público ao qual foi aprovada. Mandado de segurança que se conhece e se dá provimento para que seja a impetrante, de pronto, nomeada e empossada para o cargo de nutricionista do Município de São Gonçalo, como consta da inicial.” (Mandado de Segurança 2006.004.00686, 16º CC, Rel. JDS. Des. Pedro Freire Raguene, em 18-07-06) (grifamos).

Assim, tendo em vista que tanto a melhor doutrina quanto a jurisprudência mais moderna de nossos Tribunais vêm caminhando no sentido de que **o silêncio da Administração no curso da validade do certame não destrói a presunção, anteriormente firmada, de que o preenchimento das vagas ativas é necessário e oportuno**, o impetrante ingressa com o presente *mandamus* a fim de se ver nomeado e empossado no cargo em que conseguiu



aprovação e classificação de forma legal.

II. Cabimento Do "Writ".

O presente remédio constitucional é perfeitamente cabível para a hipótese, eis que de acordo com expresso dispositivo constitucional o mandado de segurança será sempre pertinente contra ilegalidade ou abuso de poder praticado pelo agente público ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições de Poder Público.

In litteris, a Constituição Federal, em seu art. 5.º, inciso LXIX preleciona:

"conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas-corpus' ou 'habeas-data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;"

Direito líquido e certo, é aquele determinado em seus contornos, comprovável de plano, que não exige dilação probatória, exatamente como no caso do Impetrante.

Diz a melhor doutrina que é cabível o *writ* contra ato concreto de autoridade, admitindo, igualmente, a concessão do remédio heróico para corrigir ilegalidade patente na iminência de ocorrer. No caso, tem o presente natureza preventiva e repressiva, a primeira, para assegurar, de logo, à impetrante o direito de ser nomeado para o cargo a que se candidatou e logrou aprovação, o segundo, para lembrar, por assim dizer, a Administração que todos os seus atos devem ser expressamente motivados.

III. Do Direito

a) Inconstitucionalidade Do Ato Coator

Administração Não Pode Praticar Ato Desmotivado

Por muito tempo existiu o entendimento de que aquele candidato aprovado em concurso público tinha apenas expectativa de direito de ser nomeado, ou o direito de ser nomeado caso fosse preterido na ordem classificatória, ou por nomeações discricionárias (súmula 15 STF). Hoje o entendimento da mais alta Corte deste país é no sentido de que **"os candidatos aprovados dentro do número de vagas existentes à época do edital de abertura do concurso têm direito à nomeação, a menos que a conveniência administrativa, devidamente comprovada mediante os motivos do ato, recomende o contrário"** (RE 192568, Min. C.

Velloso) (grifou-se)

E vem sendo assim, pois se após a abertura do certame se tornar inoportuno ou inconveniente o preenchimento dos cargos, deve a Administração decidir, de forma expressa e motivada, pelo não provimento, declarando desnecessários os cargos vagos. A simples omissão de nomear e o silêncio que a acompanha não são modos adequados do exercício do poder da Administração de prover os cargos públicos.

Ou seja, estes não são modos legítimos e, portanto, jurídicos, de acordo com a concepção totalizante da obrigação avençada, de exercício da faculdade de oportunidade e conveniência do provimento no cargo, por descumprimento de um dever lateral de conduta de lealdade que a Administração implicitamente assume com cada candidato no momento em que este se inscreve no concurso.

Repita-se a exaustão que a omissão, o deixar escoar sem manifestação o prazo de validade do certame, não é considerada manifestação legítima de vontade, **é desvio de poder**, ou seja, violação do interesse público consubstanciado no atentado à finalidade ou objeto do concurso que é o preenchimento das vagas existentes.

A jurisprudência do Pretório Excelso, e também deste Egrégio Tribunal de Justiça, bem corroboram a tese do impetrante, *verbis*:

CONCURSO PÚBLICO - EDITAL - PARÂMETROS - OBSERVAÇÃO. *As cláusulas constantes do edital de concurso obrigam candidatos e Administração Pública. Na feliz dicção de Hely Lopes Meirelles, o edital é lei interna da concorrência.* **CONCURSO PÚBLICO - VAGAS - NOMEAÇÃO.** *O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável (...)* (RE-192568 / PI - RECURSO EXTRAORDINARIO Relator: Ministro MARCO AURELIO Publicação: DJ DATA-13-09-96 PP-33241 EMENT VOL-01841-04 PP-00662 Julgamento: 23/04/1996 - Segunda Turma.)(grifou-se)

CONCURSO PÚBLICO aprovação dentro do número de vagas oferecidas. Direito ao provimento imediato. Vinculação ao edital. É indiscutível que a mera aprovação em concurso público não gera direito líquido e certo à nomeação no cargo, consoante entendimento manso e pacífico de nossa doutrina e jurisprudência. Entretanto, a aprovação dentro do número de vagas oferecidas cria expectativa fortíssima, equiparável a direito, que só poderia ser frustrada pela cabal demonstração de falta de interesse superveniente da administração na contratação de pessoal, o que não ocorreu na espécie. Quando da publicação do edital, a municipalidade declarou a existência de um cargo vago, não havendo comprovação da perda de interesse, impõe-

se o respectivo e imediato provimento, em respeito às normas editalícias - princípio da vinculação ao instrumento convocatório - e ao postulado da eficiência administrativa (CR, 37, Caput). Portanto, não se há de falar m simples expectativa de direito.

Desprovimento do recurso.(TJRJ, Ap. Civ. 42617/2005, 5º CC, Rel. JDS Des. Suimei Meira Cavaliere) (grifou-se)

A doutrina também é neste sentido, como podemos ver a seguir em trecho da esclarecedora matéria “O Direito à Nomeação em Virtude de Aprovação em Concurso Público”, Comentário de Jurisprudência, Professor Mauricio Jorge P. Mota, in: www.uerj.br, verbis:

“O princípio da moralidade administrativa insculpido no caput do artigo 37 da Constituição impõe que a própria abertura do concurso deva ser tomada como expressão da necessidade e oportunidade do provimento no cargo: impensável é, dentro do rigor da moralidade administrativa, que se promova a abertura de um concurso sem que, ao menos naquele momento inicial, haja a necessidade e oportunidade (vagas disponíveis) para o preenchimento dos cargos”.

Temos ainda a lição do mestre CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, in "Discrecionalidade e controle jurisdicional", 2ª ed., Malheiros:

"Mesmo quando a lei se omite em explicitar os motivos necessários para a produção do ato, nem por isso poder-se-ia abraçar a conclusão de que, em tais hipóteses, a Administração pode agir sem motivos, isto é, sem apoio em fatos que lhe sirvam de base para expedir o ato , ou que está livre para calçar-se em quaisquer fatos, sejam quais forem. Pg. 93/94

O Ministro Marco Aurélio em voto proferido nos autos do RE 192568 decidiu que ***“se a administração abre concurso público, para preenchimento de um certo número de vagas, ela se obriga a nomear, no prazo do concurso, os aprovados dentro do número de vagas, a menos que surja motivo, com base na conveniência administrativa, a recomendar o não preenchimento das vagas. O motivo há de ser consistente, sempre sujeito ao controle judicial. O que deve ser tomado em linha de conta é que a administração pública sempre age com base em motivos sérios, para a realização do interesse público.”*** (grifou-se)

Sendo este também o entendimento do Superior tribunal de Justiça ao consignar através de voto do Eminentíssimo Ministro Milton Pereira no ROMS 16596 - PI ***“que sentido tem para os aprovados, sem explicação da Administração Pública, sem nenhuma demonstração motivada de conveniência de não os nomear?”.***

Ainda no sentido do que é defendido lembramos que é bastante conhecida a distinção – e trazemos ao debate a questão puramente em termos didáticos, já que a distinção é conhecida – que Kelsen faz entre agente público e ente privado, O particular, o ente privado, pode fazer tudo aquilo que não lhe é proibido pela lei, **mas o agente público somente pode fazer o que a lei lhe permite.**

“Isto por que, quando um agente público pratica um ato administrativo, ele tem de dizer porque o faz, tem que motivar o ato” (RE 192568, Min. C. Velloso) até mesmo para que esse ato possa ser submetido ao controle judicial em caso de alegação de ofensa a direito, dado que a Constituição consagra o princípio da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça a direito (C.F., art. 5º, XXXV).

Não podendo ser esquecido que de acordo com o Eminente Ministro Marco Aurélio, nos autos do RE 192568, as hipóteses como a dos autos, violam frontalmente os princípios insculpidos no art. 37 CF, já que nessas hipóteses ***“o da legalidade foi menosprezado, já que olvidados os parâmetros do edital de concurso e o resultado deste último; o da impessoalidade, no que, conhecidos os aprovados e classificados para as vagas, resolveu-se partir para a nomeação parcial colocando-se em plano secundário, até mesmo, as necessidades existentes; o da moralidade, no que, espezinhado o primeiro, deixou-se de proceder, até mesmo, à prorrogação do concurso, abrindo-se margem à convocação de outro tão logo esgotado o prazo de dois anos; por último, o da publicidade, no que as regras insculpidas no edital serviram de estímulo à inscrição de candidatos, restando ignoradas”***.

Antecipando-nos a eventual contestação, onde a autoridade impetrada poderá alegar que não contrata por que existe uma óbice orçamentária no município, lembramos que ***“a prévia avaliação da conveniência e oportunidade quanto à realização do concurso supõe o exame das fontes de custeio salarial”*** (TJRJ, Ap. Civ. 42617/2005, 5º CC, Rel. JDS Des. Suimei Meira Cavalieri), sendo que o entendimento majoritário deste Egrégio Tribunal bem corrobora esta tese, *verbis*:

“CONCURSO PÚBLICO - APROVAÇÃO - DIREITO À NOMEAÇÃO. Candidatos aprovados em concurso público e classificados dentro do número de vagas oferecidas. Ao abrir o concurso com oferecimento de vagas, presume-se que a administração já tenha feito, previamente, a avaliação e a necessidade da admissão dos novos servidores aprovados, bem como da respectiva fonte de custeio para cobrir as despesas com salários dos novos servidores. (...)” (Ap. Civ. 2004.01.03401 – Julgamento: 06/04/2004)

Assim, definida a presunção da oportunidade e conveniência no momento da abertura do concurso, e o entendimento jurisprudencial e doutrinário de que esta só pode ser elidida por prova insofismável em contrário, qual seja, uma declaração da desnecessidade dos cargos por

parte da Administração, a nomeação do impetrante é uma medida que se impõe.

Nomeação É Ato Vinculado -

Discrecionariedade Não Se Confunde com Arbítrio

Por muito tempo (diga-se antes da Constituição de 1988) também se entendeu que o judiciário não poderia interferir no executivo para substituí-lo no juízo de oportunidade e conveniência, pois nomear ou não os candidatos aprovados em concurso público tratar-se-ia de ato discricionário, não sujeito a sindicabilidade pelo poder judiciário.

Mas a jurisprudência mais moderna apoiada na melhor doutrina, hoje, vem entendendo que no caso de concurso público, a divulgação do edital por si só já significa que foi realizado um juízo de oportunidade e conveniência, ainda mais quando da nomeação parcial dos candidatos aprovados, sendo que aí deixaria o campo da discrecionariedade passando a ser ato vinculado.

É este o entendimento que vem adotando o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê no voto, em caso idêntico ao dos autos, do brilhante Ministro Milton Pereira no RMS 16596 – PI: ***“Reforço que as nomeações, por si, confortaram a validade do concurso, cuja legalidade ou validade, aliás, não é discutida para os remanescentes aprovados. Daí a pergunta: está ou não a administração vinculada à obrigação de cumprir, de reconhecer o exercício de direito dos aprovados a nomeação? Por essas estrias, se assim se põe, inequívoco que as nomeações foram iniciadas, deixa-se o campo da discrecionariedade para o ato agora vinculado”***.

E ainda no mesmo julgado: ***“Registrado afirmativamente que a Administração Pública, dentro do prazo de validade, nomeou candidatos aprovados, entendendo que se vinculou a obrigação, em relação aos demais aprovados no mesmo concurso e ainda não nomeados, alinhando-me com a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo, que seria deixar inócuo o disposto constitucionalmente”***.

Este Egrégio Tribunal de Justiça também vem adotando este entendimento de que o judiciário não estará se intrometendo indevidamente no chamado mérito administrativo (**palavrinha que, como num passe de mágica, colocaria a Administração à margem do controle jurisdicional**), já que a situação em tela não se trata de ato discricionário, mas sim de ato vinculado, pois ***“ao abrir a concorrência, a municipalidade avaliou previamente a conveniência e oportunidade de suprir o seu quadro funcional (...) a publicação do edital revela a intenção da Administração em suprir as deficiências do seu quadro pessoal (...) não havendo comprovação de perda de interesse impõe-se o imediato e respectivo provimento em respeito às normas editalícias - princípio da vinculação ao instrumento convocatório”***. (TJRJ, Ap. Civ. 42617/2005, 5º CC, Rel. JDS Des. Suimei Meira Cavalieri) (grifou-se).

Apenas por amor ao debate, e caso esse Eminentíssimo Magistrado não esteja, ainda, filiado a esta corrente que vem se formando e se tornando bem forte; passaremos agora a demonstrar que mesmo que a hipótese dos autos se tratasse de ato discricionário ainda assim seria possível a sindicabilidade do judiciário, pois, **"Partindo-se da premissa de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito (individual, coletivo, difuso, público ou privado) não seja passível de apreciação pelo Poder Judiciário, resta concluir que também a discricionariedade administrativa está sujeita ao controle jurisdicional"**, como afirma ANA MARIA MOREIRA MARCHESAN, in "Princípio da Prioridade Absoluta aos Direitos da Criança e do Adolescente, publicado na Revista Igualdade, Vol. 6., n. 21, out/dez/1998.

A jurisprudência também vem se manifestando neste sentido conforme podemos ver em julgado RECENTE em que foi relator o Des. NERY DA SILVA, do TJGO, que ressalta a indeclinabilidade da Jurisdição e do princípio da legalidade:

"Não há imunidade legal para quem infringe o Direito. O poder discricionário não está situado não das fronteiras dos princípios legais norteadores de toda iniciativa da administração e sujeita-se à regular apreciação pela autoridade judicante." (RT 721/212)

Cabe agora analisar a discricionariedade conferida pela Lei ao Administrador, cuja razão de ser e alcance se encontram muito bem explicitadas nas Lições do Mestre CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, in "Discricionariedade e controle jurisdicional", 2^a ed., Malheiros:

"discrição administrativa não pode significar campo de liberdade para que o administrador, dentre as várias hipóteses abstratamente comportadas pela norma, eleja qualquer delas no caso concreto. Em última instância, o que se está dizendo é o seguinte: o âmbito de liberdade do administrador perante a norma, não é o mesmo âmbito de liberdade que a norma lhe quer conferir perante o fato. Está-se afirmando que a liberdade administrativa, que a discrição administrativa, é maior na norma de direito, do que perante a situação concreta. Em outras palavras: que o plexo de circunstâncias fáticas vai compor balizas suplementares à discrição que está traçada abstratamente na norma (que podem, até mesmo, chegar ao ponto de suprimi-la), pois é isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de descrição, como condição de atendimento de sua finalidade." Pg. 36.

A abordagem dada à discricionariedade administrativa parte sempre da noção de que é esta a liberdade que detém o administrador em optar, dentre as várias possibilidades de acordo com a oportunidade e a conveniência da Administração, pela melhor solução para o caso concreto. Quando, porém, enfoca-se a discricionariedade à luz da finalidade administrativa e dos princípios constitucionais evocados acima, o campo de liberdade do administrador reduz-se.



A discricionariedade administrativa, geralmente invocada como forma de legitimar a omissão do Poder Público no caso concreto e afastar o controle pelo Judiciário, necessita de critérios objetivos para ser auferida.

Se há muito se vem construindo uma idéia/tese (já consolidada, até) que limita a discricionariedade da ação administrativa aos ditames legais, de maneira que não haja afronta aos direitos dos particulares, e que orienta a busca, pelo Administrador, do ótimo para atingir o interesse social, no caso concreto, a omissão administrativa que, por via oblíqua, inviabiliza o exercício dos direitos e a concretização da implementação das políticas ainda não é percebida com facilidade.

Sendo, na maioria das vezes, atrelada à subjetividade, confundindo-se o arbítrio com a discricionariedade (já que a inércia pode ser denominada de oportunidade ou conveniência) ou mesmo desapercibida pela sociedade e pelos controladores do Poder Público, embora esteja latente, sentida e esteja a necessitar de critérios objetivos que a destaquem e a realcem.

É por isso que Autores do Quilate da Doutra MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, in Direito Administrativo, 8ª ed., Atlas, pg. 176, fazem o alerta:

"O poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí porque se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei."

Possível então o controle da discricionariedade pautado em critérios que possibilitem a efetivação dos direitos e a implementação de uma política pública compatível com a proposta administrativa escolhida pela população, através da eleição de seus administradores, mas também com os ditames constitucionais.

Sob esta ótica, pode-se conformar a ausência de implementação de uma política pública ao princípio constitucional correlato, que poderia estar sendo valorizado pela ação ou está a ser afrontado pela inação. E, a partir desta análise, caracterizar a omissão do Poder Público.

É neste contexto que se afirma: Uma vez divulgado o edital de concurso público pela Administração Pública, ou por seus entes competentes, não há discricionariedade em nomear ou não os candidatos aprovados dentro do número de vagas. Se cabe à Administração Pública escolher o momento de divulgar um edital de concurso público, não é certo que possua a discricionariedade de realizar nomeações parciais.

Ou seja, não se pretende obrigar o Poder Executivo a abrir um concurso e nomear os aprovados, **mas a nomear os aprovados em um concurso que já fora aberto**. Não se pretende aqui substituir o Administrador na escolha das prioridades de sua política social, posto que foi ao mesmo que o Povo confiou a distribuição da receita pública. Mas há que se reconhecer que certos valores vêm previamente priorizados pela própria Constituição, e não se pode admitir que sejam relegados a 2º plano. Que é o que se dá no presente caso.

A decisão IMOTIVADA de não nomear os candidatos aprovados dentro do número de vagas constitui a negação de política pública e social (CONSIDERANDO A GRANDE FALTA DE PROFISSIONAIS DA AREA DE SAÚDE NO MUNICIPIO) e de um direito daqueles que empreenderam tempo, dinheiro e hora de estudos para conseguirem aprovação num concurso tão difícil como são os da área da saúde.

Cabe repetir que a discricionariedade administrativa tem seu âmbito delimitado. conforme, mais uma vez, nos ensina o Mestre CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Ob. cit., ao esclarecer com percuciência o que não é visto clareza:

"O mérito do ato administrativo não pode ser mais que o círculo de liberdade indispensável para avaliar, no caso concreto, o que é conveniente e oportuno à luz do escopo da lei. Nunca será liberdade para decidir em dissonância com este escopo.

Por tal razão, extrapolam o mérito e maculam o ato de ilegitimidade os critérios que o agente adote para decidir-se que não tenham sido idoneamente orientados para atingir o fim legal. É o que se passa naqueles: (a) contaminados por intuítos pessoais - pois a lei está a serviço da coletividade e não do agente; (b) correspondentes a outra regra de competência, distinta da exercitada - pois à lei não são indiferentes os meios utilizados; (c) os que revelam opção desarrazoada - pois a lei não confere liberdade para providências absurdas; (d) que exprimem medidas incoerentes: 1. Com os fatos sobre os quais o agente deveria exercitar seu juízo; 2. Com as premissas que o ato deu por estabelecidas; 3. com decisões tomadas em casos idênticos, contemporâneos ou sucessivos - pois a lei não sufraga ilogismos, nem perseguições nem favoritismos, discriminações gratuitas à face da lei, nem soluções aleatórias; e) que incidem em desproporcionalidade do ato em relação aos fatos - pois a lei não endossa medidas que excedem ao necessário para atingimento de seu fim." Pg. 82/83

Com efeito, de um lado a atividade administrativa é "atividade de quem não é proprietário" e por isso de quem carece da possibilidade de atuar de acordo com a própria vontade e inseqüentemente, o que só poderia ser admitido para o proprietário.

De outro lado, os poderes administrativos funcionam como a "contraface" de deveres e não estão deferidos ao administrador para que atue desarrazoadamente, illogicamente, ou em descompasso com a finalidade em vista da qual lhe estão outorgados, como vem fazendo ao não nomear os candidatos aprovados dentro do número de vagas de edital publicado após extensa pesquisa sobre as necessidades de suprir o quadro funcional do Município, o que torna o ato discricionário falacioso.

b) Dos Candidatos Aprovados

Ainda que assim não fosse, o princípio da moralidade administrativa não pode ser luz que não alumia, fogo que não queima, sino que não toca.

É preciso anotar que os sentimentos humanos não podem servir de manobras para as administrações públicas. ***“Todos os que já prestamos concursos públicos sabemos das dificuldades que eles geram para os que se sujeitem a prestá-los. São noites indormidas, são gastos que se fazem, muitos candidatos matriculam-se em curso, comumente caros, livros são adquiridos, empregos são deixados de lado. Indaga-se: os candidatos metem-se numa aventura ou enfrentem coisa séria, confiável? claro que, tendo em vista o que retro foi dito, os candidatos estão se metendo em coisa séria, confiável”.*** (RE 192568, Min. C. Velloso)

Aqui se está a dificuldade de aceitar a chamada corrente majoritária (que entendia que o candidato aprovado em concurso público possuía apenas uma expectativa de direito), cuja base teórico-doutrinária faz acender a chama ainda sob o império do país autoritário antidemocrático. O concurso público não é apenas uma prova. É, por vezes, a esperança de uma vida, que não pode ser retirado daquele que empreendeu eficaz e vitoriosa luta.

Todo aquele que passou por um concurso público sabe a dor que cada um dele traz para aqueles que são responsáveis. E qualquer sentença será, *data maxima venia*, mais do que a aplicação de regras e de doutrinas pré-estabelecidas. Será a estipulação da ética e refletirá a norma de cada ente a ela subordinado.

É preciso se afastar das meras repetições, quase acadêmicas e sem vida, tornando concreta a máxima de Mauro Capelletti, dando conta de que ***“o processo jurisdicional deve assumir a sua função social (in problemas de reforma do processo civil nas sociedades, revista do processo 65, p130) deve ser um processo de seres humanos, e o desrespeito a esses deve ser veementemente repudiado, agindo o juízo com os instrumentos para recobrar, na sua mais extensa e exata medida, a ética possível.”***

c) Da Classificação do Impetrante

Ainda, e para que não sirva de argumento em contestação, vale lembrar que os tribunais também têm decidido que a nomeação determinada por ordem judicial não quebra a ordem de classificação, e também a própria LMS determina em seu artigo 1º, §2º, que quando o direito ameaçado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança, e tem-se que o julgamento procedente ao pedido abrirá precedentes para que outras pessoas que se sentirem prejudicadas busquem os seus direitos, inclusive através de litisconsórcio nesta ação (Art. 3º, caput, LMS).

E, no sentido do que é defendido, vale a pena citar trecho do voto do Eminentíssimo desembargador Gerson Arraes nos autos do mandado de segurança 1868/2004, em que são partes os candidatos ao cargo de Procurador do Município de São Gonçalo e a Impetrada, *verbis*:

“Diga-se que embora haja candidatos aprovados que não fazem parte da relação de impetrantes, este fato não deve prejudicar o direito dos que ingressaram com o mandado de segurança, assegurando-se a estes últimos, a nomeação e posse pleiteadas, tendo-se em linha de conta o princípio da razoabilidade, em que os fins devem guardar relação de proporcionalidade com o fim colimado, aplicando-se ainda a ponderação de interesses, em que o direito dos impetrantes últimos colocados na ordem de classificação, não pode e não deve ser obstado, pelo fato de haver aprovados não impetrantes que se encontram em colocação anterior na ordem de classificação. A solução da presente “quaestio”, pois esta a merecer julgamento por critério de equidade, nada mais do que justiça no caso concreto”.(GRIFOS NOSSOS)

E neste mesmo sentido é de se lembrar que não há qualquer razão para o impetrante aguardarem a posse de candidatos que foram aprovados em melhores condições. ***“O direito não socorre a quem dorme”*** já dizia o velho brocardo. Se os candidatos com melhores condições não buscam o direito, isto não pode inviabilizar o presente pleito, vez que o edital previa o número de vagas a contemplar a pretensão do impetrante.

V. Do "Fumus Boni Iuris" E Do "Periculum In Mora"

Induvidosamente estão presentes os pressupostos específicos para a concessão do *writ*, haja vista que, demonstrado de modo pleno, os relevantes fundamentos do "fumaça" do bom direito, existindo na hipótese mais do que fumaça, mas um verdadeiro incêndio do *boni iuris*. Além deste aspecto, é de se verificar que o impetrante sofrerá dano irreparável, ou pelo menos de difícil reparação na hipótese remotíssima de ser indeferido o pleito liminar, visto que o município, além de não ter feito uma nomeação sequer para o cargo em disputa, deixou o prazo de validade do presente concurso escoar sem qualquer motivo lógico.

V. Dos Requerimentos



Ex positis, com base nos dispositivos legais, constitucionais e no entendimento pretoriano firmado no ponto e trazido à baila, **requer-se:**

- a) Gratuidade de justiça;
- b) A concessão imediata de liminar, *in initio litis* e *inaudita altera pars*, nos termos do inciso II, do art. 7.º da Lei Federal 1.533/51, com efeito cautelar, para determinar que a autoridade coatora nomeie e empossa imediatamente o impetrante no cargo de técnico de radiologia do Município de São Gonçalo.
- c) A notificação da autoridade apontada como coatora para, querendo, prestar informações no prazo legal;
- d) A cientificação do (a) Ilustre Representante do Ministério Público para ofertar parecer nos autos;
- e) Tendo em vista que a autoridade coatora praticou ato sem motivação, e que a hipótese dos autos (conforme demonstrado) foge do campo discricionário, requer Seja, ao final, ratificada a liminar requerida concedendo-se a segurança para determinar a imediata nomeação e posse do impetrante para o cargo de técnico de radiologia do município de São Gonçalo.
- f) A condenação da autoridade impetrada nas custas processuais e honorários advocatícios.

Ausente previsão específica da Lei 1533/51, o Autor fixa o valor da causa (provisoriamente e aproximadamente) em **R\$ 3.600,00** tendo em vista o conteúdo econômico do pedido que compreende a nomeação do impetrante ao cargo de técnico, que ganha em média R\$ 300,00 por mês, portanto, se fixa o valor, ao equivalente a 12 vezes o valor desses vencimentos, na simetria do Art. 260 do CPC.

N. termos

P. deferimento

São Gonçalo, 04 de agosto de 2006.

Dr. Felipe Fernandes

OAB/RJ 127.031

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2006-set-13/aprovados_dentro_numero_vagas_contratados/