



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Mandado de Segurança n. 0001357-16.2013.8.17.0000 (0295353-7)

Impetrante: VERA LÚCIA DE SOUZA GOMES

Advogado: Jannaína Ferreira de Lima - OAB/PE n. 28835

Impetrados: SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO E OUTRO

Relator: Desembargador Erik de Sousa Dantas Simões

Relator para o Acórdão: Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. CANDIDATA CLASSIFICADA FORA DAS VAGAS PREVISTAS EM EDITAL. DIREITO SUBJETIVO QUE SURGE EM DECORRÊNCIA DE PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS, DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS, EM CONCURSO VÁLIDO. PRECEDENTE DO STF. NEGOU-SE A SEGURANÇA, POR MAIORIA.

1. O entendimento consolidado na c. Corte Superior de Uniformização de Interpretação do Texto Constitucional - STF firmou-se no sentido de que: "(...) o direito subjetivo somente surge em decorrência da preterição, uma vez que, havendo candidatos aprovados em concurso válido, dentro do número de vagas, não pode a Administração convocar terceiro. O que não se tem admitido é a obrigação da Administração Pública nomear candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, simplesmente, pelo surgimento de vaga, seja por lei nova, seja em decorrência de vacância. Com efeito, proceder dessa forma, seria engessar a Administração que perderia a sua discricionariedade quanto à melhor locação de vagas, inclusive quanto à eventual necessidade de transformação ou extinção dos cargos vagos", vide precedente: STF - RE n. 598099- MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 10.08.2011, Tribunal Pleno. Este é o caso dos autos.

2. *In casu*, a Impetrante foi aprovada fora do número de vagas. O fato de uma candidata, classificada em ordem precedente, ser nomeada, empossada, e depois pedir exoneração, não enseja o direito subjetivo à nomeação dos candidatos subsequentes, pois a vaga inicialmente prevista no Edital do Concurso foi, de fato, provida.

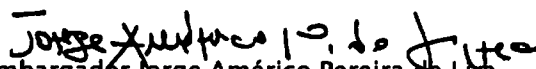
3. Não há de se cogitar de existência de direito líquido e certo. A impetrante tinha, em verdade, uma mera expectativa de direito a ser nomeada durante o prazo de validade do concurso. É certo que, se o Estado publicasse um Edital para um novo concurso, não poderia convocar os novos aprovados sem chamar, primeiro, os remanescentes deste concurso, cujo prazo de validade expirou em 17.02.2013.

4. Nesta ordem de ideias, por maioria, negou-se a segurança do writ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO deste Tribunal de Justiça, por maioria, em NEGAR A SEGURANÇA no presente writ, nos termos do voto e das notas taquigráficas que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 4.10.2013


Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
Relator para o acórdão



152
A

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Erik de Sousa Dantas Simões

Grupo de Câmaras de Direito Público

Mandado de Segurança nº 0295353-7 (N. P. U. 0001357-16.2013.8.17.0000)

Impetrante: Vera Lúcia de Souza Gomes

Impetrado: Secretário de Administração do Estado de Pernambuco e outro

Relator Des.: Erik de Sousa Dantas Simões.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança Preventivo, com pedido liminar, impetrado por Vera Lucia de Souza Gomes, em face do Secretário de Administração e do Secretário de Educação do Estado de Pernambuco, em razão da existência de receio de ser lesada em seu direito líquido e certo à nomeação para uma das vagas do cargo de Técnico Educacional – Fonoaudiologia, posta à disposição pelo Estado de Pernambuco através da Portaria Conjunta SAD/SEE nº 104, de 11 de agosto de 2008.

Aduz a impetrante ter sido aprovada no concurso para o cargo de Técnico Educacional em Fonoaudiologia, tendo optado, no momento de sua inscrição, por disputar uma das duas vagas disponibilizadas para o Município de Vitória de Santo Antão.

Afirma que em 18/02/2009 foi publicado e homologado o resultado do certame em destaque, alcançando, a impetrante, aprovação em 3º (terceiro) lugar.

Informa que apenas há três meses, tomou conhecimento de que, desde o final do ano de 2011, havia ocorrido a vacância de uma das vagas por ela disputadas, em virtude da exoneração, a pedido, da candidata classificada em 2º (segundo) lugar no Município de Vitória de Santo Antão para Técnico Educacional – Fonoaudiologia, Aline de Menezes Guedes.

Destaca que a partir da ciência do fato acima indicado passou a se dirigir à Secretaria de Educação e explicar a situação na qual estava inserida, recebendo como resposta apenas “que aguardasse a sua convocação”.



153
A

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Erik de Sousa Dantas Simões

Ressalta que a vacância do cargo ao qual almeja ocupar submete a população local a uma situação de total desprovisionamento de apoio na área de educação especial, a ser direcionada diretamente a alunos portadores de paralisia cerebral, síndrome de *down* e déficit intelectual, já que a única técnica fonoaudióloga em serviço no Município de Vitória de Santo Antão está lotada na área de apoio aos servidores (NAS – Núcleo de Atenção aos Servidores).

Revela que, mesmo frente à necessidade premente do serviço público, as autoridades coatoras se mantiveram inertes em relação à nomeação da impetrante, fazendo ressaltar que a vigência do concurso em comento expira na recente data de 17/02/2013.

Acredita ser titular de direito líquido e certo à nomeação para o cargo vago, por ser a candidata mais bem classificada após aquela que fora exonerada voluntariamente, colacionando diversos julgados emitidos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que endossam seu pleito.

Requer seja concedida liminar determinando às autoridades coatoras que convoquem e nomeiem a impetrante na vaga de técnico educacional em fonoaudiologia, no quadro permanente de pessoal do Sistema Público Estadual de Educação, a ser exercida na Comarca de Vitória de Santo Antão.

Esta relatoria, através da decisão interlocutória de fls. 49/58, concedeu a antecipação da tutela mandamental para determinar a nomeação e posse da impetrante.

À fl. 81, o Estado de Pernambuco atravessou petição requerendo seu ingresso neste feito mandamental.

O Secretário de Educação apresentou suas informações (fls. 84/91), sustentando a ausência de direito líquido e certo a ser amparado pela via escolhida, ressaltando que esta relatoria não observou que, na data do deferimento da liminar, o concurso público em questão já se encontrava com prazo de validade definitivamente esgotado, ocorrendo perda da eficácia do próprio certame. Requer, com base em referida caducidade, a revogação da liminar concedida e a denegação da segurança por falta de certeza e liquidez do direito deduzido.



154
A

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Erik de Sousa Dantas Simões

Por sua vez, o Secretário de Administração apresentou as informações pertinentes às fls. 106/112, com teor idêntico ao daquelas colacionadas pelo Secretário de Educação.

Às fls. 114/122, foi interposto Agravo Regimental pelo Estado de Pernambuco, ainda pendente de julgamento.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer às fls. 142/146 opinando pela concessão definitiva da segurança.

É o relatório.

Inclua-se em pauta.

Recife, 06 de junho de 2013.


Erik de Sousa Dantas Simões
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Erik de Sousa Dantas Simões

158 *af*

Grupo de Câmaras de Direito Público

Mandado de Segurança nº 0295353-7 (N. P. U. 0001357-16.2013.8.17.0000)

Impetrante: Vera Lúcia de Souza Gomes

Impetrado: Secretário de Administração do Estado de Pernambuco e outro

Relator Des.: Erik de Sousa Dantas Simões

VOTO

A questão trazida à baila, perpassa pela ponderação entre o direito subjetivo à nomeação em concurso público, de um lado, e a conveniência e necessidade da Administração Pública na gestão da Coisa Pública, de outro.

Deve-se perquirir, inicialmente, se a impetrante ostenta direito subjetivo à nomeação no concurso público em pauta, bem como se a situação fática que sustenta referido direito fora efetivamente comprovada na inicial do *mandamus*.

O tema no qual se insere a problemática desta lide vem sofrendo, de forma notória, constante mutação jurisprudencial nos tribunais superiores em decorrência dos relevantes valores individuais e coletivos que o envolvem.

Compulsando a recente produção jurídica do Superior Tribunal de Justiça, infiro que, em casos similares ao representado nos autos, referida Corte Superior vem se posicionando pela existência do direito subjetivo à nomeação de candidatos que, embora aprovados fora do número de vagas ofertadas em edital, requerem judicialmente sua nomeação em decorrência da desistência dos candidatos aprovados dentro do número de vagas, respeitada a ordem de classificação.

Pode-se confirmar referida afirmação através da leitura dos arestos abaixo colacionados:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL
NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. **CONCURSO
PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Erik de Sousa Dantas Simões

159
Cef

VAGAS. DESISTÊNCIA DE CANDIDATOS MELHOR CLASSIFICADOS. DIREITO SUBJETIVO. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA N. 283 DO STF. PRETENSÃO QUE ENCONTRA ÓBICE NA SÚMULA N. 7 DO STJ. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. 1. No caso, o acórdão recorrido concedeu a segurança levando em conta eventuais desistências de candidatos melhor classificados do que a impetrante, daí porque concluiu que havia o interesse da administração no preenchimento dos cargos vagos e o direito subjetivo à nomeação. **2. O entendimento do Tribunal de origem se encontra em sintonia com o posicionamento jurisprudencial do STJ, no sentido de que a desistência de candidatos, em número suficiente para alcançar a classificação do candidato que ingressa em juízo para assegurar sua nomeação, gera para este direito subjetivo.** Nesse sentido, dentre outros: RMS 36.916/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 08/10/2012. 3. O contexto fático-probatório dos autos não pode ser revisto em sede de recurso especial, conforme entendimento contido na Súmula n. 7 do STJ, mormente quando o delineamento fático contido no acórdão a quo não é suficiente à uma nova análise, com a reavaliação dos fatos e provas. 4. Não há violação do art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem julga a matéria, de forma clara, coerente e fundamentada, pronunciando-se, suficientemente, sobre os pontos que entendeu relevantes para a solução da controvérsia. 5. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no Resp 1225356/AM, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Dje 04/02/2013)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO EM EDITAL. DIREITO SUBJETIVO A NOMEAÇÃO E POSSE DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO MELHOR POSICIONADO

3212



160
Def

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Erik de Sousa Dantas Simões

APÓS EXPIRAÇÃO DO CONCURSO. NOMEAÇÃO E POSSE. DIREITO SUBJETIVO. INEXISTÊNCIA NO CASO CONCRETO. 1. Na espécie, trata-se de 2 recorrentes-impetrantes: Eleni Bondartchuk, classificada em 4º lugar, e Jonatas Quinelato, classificado em 6º lugar, para provimento do cargo de psicólogo Judiciário da 30ª Circunscrição Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que tinha 6 vagas disponíveis, das quais uma era destinada à pessoa portadora de necessidades especiais. 2. Em relação à primeira recorrente, Eleni Bondartchuk, o pleito merece êxito, pois 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 à nomeação e posse dentro do período de validade do certame. 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. 3. No entanto, no que tange a Jonatas Quinelato, apesar de restar consolidado nesta Corte que a desistência dos candidatos convocados, ou mesmo a sua desclassificação em razão do não-preenchimento de determinados requisitos, gera para os candidatos seguintes na ordem de classificação direito subjetivo à nomeação, observada a quantidade das novas vagas disponibilizadas, a desistência do candidato melhor posicionado somente ocorreu quando o concurso já havia expirado, o que afasta o direito à nomeação pretendido pelo impetrante. 4. Recurso ordinário parcialmente provido para determinar que a recorrente Eleni Bondartchuk seja nomeada. (STJ, RMS 36916/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Dje 08/10/2012)

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INTERESSE PROCESSUAL. EXISTÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL, CONSIDERADAS AS DESISTÊNCIAS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES. 1. Em precedente idêntico ao caso dos



161
Def

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Gabinete do Desembargador Erik de Sousa Dantas Simões

autos, a Sexta Turma proferiu o entendimento de que "tendo em vista os princípios da lealdade, da boa-fé administrativa e da segurança jurídica, bem como o fato de que a criação de cargos depende de prévia dotação orçamentária, o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do certame, consideradas as desistências dos candidatos melhor classificados, não tem mera expectativa de direito, mas verdadeiro direito subjetivo à nomeação." (RMS 21.323/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2010, Dje 21/06/2010) 2. O prazo decadencial de 120 dias para impetração do mandamus tem como termo inicial a data em que se encerra a validade do certame, uma vez que a omissão estatal se estende por toda vigência do concurso. 3. Está presente o interesse processual na impetração de mandado de segurança contra a ausência de nomeação de candidato aprovado, ainda que expirado o prazo de validade do concurso público. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no RMS 21155/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina, Dje 18/04/2012)

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. SUPERVENIENTE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. NECESSIDADE DA ADMINISTRAÇÃO CONFIGURADA. NOMEAÇÃO. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. 1. É inaplicável o § 2º do artigo 475 do CPC quando se tratarem de sentenças ilíquidas ou que decidam pretensão que não contenha natureza econômica certa, tampouco àquelas demandas declaratórias, constitutivas ou desconstitutivas cujo provimento, ou não, deixe de albergar parâmetro objetivo a fim de se definir um valor certo a ser estipulado para a condenação. 2. A prática de ato, pela Administração, que evidencie a necessidade de preenchimento de cargos vagos gera direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados e classificados em concurso público inicialmente além do número de vagas ofertado pelo edital do certame. 3. Na espécie, ao promover a nomeação de candidatos classificados além do número de vagas previsto no certame, bem como ao realizar contratação temporária de professores, a Administração revelou a existência de cargos vagos e a necessidade do serviço, de maneira que a desistência de alguns convocados não poderia ensejar a preterição dos



162
Def

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Erik de Sousa Dantas Simões

remanescentes. 4. Recurso especial provido. (Resp 1185379/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Dje 02/04/2012)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO MAIS BEM POSICIONADO APÓS EXPIRAÇÃO DO CONCURSO. NOMEAÇÃO E POSSE. DIREITO SUBJETIVO. INEXISTÊNCIA NO CASO CONCRETO. 1. Insurge-se o impetrante contra aresto que denegou segurança impetrada em face de ato omissivo do Governador do Estado do Mato Grosso do Sul consubstanciado na ausência de sua nomeação para o cargo de Gestor de Atividade Educacional após ser devidamente aprovado em concurso público, apesar de classificado dentro do número de vagas, consideradas as desistências de candidatos melhor classificados. 2. Esta Corte consolidou jurisprudência no sentido de que a desistência dos candidatos convocados, ou mesmo a sua desclassificação em razão do não preenchimento de determinados requisitos, gera para os seguintes na ordem de classificação direito subjetivo à nomeação, observada a quantidade das novas vagas disponibilizadas. 3. No entanto, conforme atesta o Tribunal de origem, a desistência do concurso por um dos aprovados só foi protocolada à instância administrativa após expiração do concurso, ou seja, quando já estava vencido o prazo para a nomeação dos aprovados no certame. **4. O entendimento desta Corte é no sentido de que a desistência de candidato aprovado deve se dar no período de validade ou prorrogação do concurso, a fim de demonstrar o direito à nomeação do classificado subsequente.** 5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. (STJ, RMS 33865, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Dje 14/09/2011)

Neste mesmo toar, posicionou-se recentemente este Tribunal de Justiça de Pernambuco em demanda relacionada ao mesmo concurso ao qual se submeteu a ora impetrante:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS PARA TODAS AS VAGAS DISPONIBILIZADAS PELO CERTAME. DESISTÊNCIA

GNK



163
af

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Erik de Sousa Dantas Simões

SUPERVENIENTE DE UM DELES DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. MERA EXPECTATIVA CONVOLADA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ, DO STF E DESTA CORTE ESTADUAL. NOMEAÇÃO A SER REALIZADA ATÉ O FINAL DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO EM OBSERVÂNCIA AO JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA. DECISÃO UNÂNIME. 1 - De acordo com recente jurisprudência do STJ, a mera expectativa de nomeação do candidato por ter se classificado fora do número de vagas disponibilizadas no certame se convola em direito líquido e certo a partir do momento em que, dentro de prazo de validade do concurso, há o surgimento de novas vagas e necessidade de administração em preenchê-las. 2- No caso em análise, o impetrante demonstrou o surgimento de vaga, dentro do prazo de validade do concurso, decorrente da desistência de candidato e a necessidade quanto ao seu preenchimento - a Administração nomeou candidatos para todas as vagas disponíveis e há nos autos declarações de Escolas Estaduais situadas em Itaíba indicando que existe vaga em aberto nas respectivas instituições de ensino. 3 - Declarada no edital do certame a necessidade do preenchimento de três vagas, nomeados os três primeiros candidatos aprovados e verificada uma vacância dentro do prazo de validade do concurso, o impetrante - quarto colocado no certame - tem sua mera expectativa convolada em direito subjetivo à nomeação, configurando a recusa de sua nomeação irrefutável ofensa a direito líquido e certo seu. 4 - A mera expectativa do direito do impetrante se transmutou em direito subjetivo à nomeação ao cargo almejado visto que (a) restou demonstrada a necessidade e o interesse da Administração em preencher todas as vagas postas no edital, visto que, na primeira oportunidade, nomeou os três candidatos ocupantes das vagas previstas no certame, externando de forma inequívoca a necessidade de provimento dos cargos;

ERIK



164
OJ

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Erik de Sousa Dantas Simões

(b) surgimento de vaga em decorrência de vacância dentro do prazo de validade do concurso; (c) o enquadramento do impetrante nas vagas disponibilizadas pelo edital após a desistência de um candidato nomeado ao cargo; (d) submissão da Administração Pública aos princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, de modo que a oferta de vagas no edital vincula a administração quanto ao seu preenchimento. 5 - Há de se reconhecer o direito subjetivo à nomeação postulada, que, entretanto, não deve ser realizada de imediato, assegurando à Administração, segundo seu juízo de conveniência e oportunidade - por consubstanciar um ato discricionário do Poder Público - escolher o momento mais adequado para procedê-la, desde que ocorra até o final do prazo de validade do certame(dia 16 de janeiro de 2013). 6 - Concessão parcial da segurança, para assegurar, no prazo de validade do concurso, a nomeação do impetrante no cargo de Assistente Administrativo Educacional, Classe I, FS-A - Itaíba/PE do Sistema Público de Educação do Estado de Pernambuco(Portaria Conjunta SAD/SEE nº 104, de 11.08.2008). 7 - Decisão Unânime. (MS nº 271087-6, Grupo de Câmaras de Direito Público, Rel. Des. Fernando Cerqueira, data de julgamento 17/10/2012)

Analisando os documentos colacionados à inicial, verifico que a impetrante efetivamente fora aprovada na 3ª colocação para o cargo de técnico educacional – fonoaudiologia (fl. 33), bem como que a candidata imediatamente anterior, classificada na 2ª colocação (fl.33), em que pese ter sido empossada no cargo por ter obtido classificação compatível com o número de vagas ofertadas no edital (fl.27), requereu sua exoneração quando ainda vigente o prazo de validade do concurso disputado (fl. 35).

De outra monta, destaco que o entendimento esposado por esta relatoria é o de que a Administração Pública detém a prerrogativa da discricionariedade quanto ao momento mais conveniente para convocação do candidato aprovado, enquanto perdurar o prazo de validade estabelecido para o concurso. Todavia, em relação ao caso retratado nos autos, verifico que a

10



165
Clf

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador Erik de Sousa Dantas Simões

omissão ilegal da Administração no sentido de deixar escoar o prazo do concurso em destaque, sem providenciar a nomeação da impetrante, teve o condão de convolar a expectativa de direito por ela titularizada em direito exigível de plano.

Em que pese a clarividência do direito pleiteado no presente *mandamus*, sustentam as autoridades impetradas ter havido “caducidade do concurso público” tendo em vista a superveniência do fim do prazo de validade do certame disputado pela impetrante. Nesta linha, inclusive, afirmam que esta relatoria, ao conceder o pedido liminar, não atentou para o fato de que o concurso público não mais vigia, o que tornaria inviável o cumprimento de referida decisão.

Entendo, porém, que foi exatamente o advento do final do prazo de vigência do certame o termo que convolou o direito subjetivo ostentado pela impetrante na qualificação “direito líquido e certo”. Isto porque, antes de findo referido prazo, a nomeação ao cargo público estaria incluída na zona temporal onde se faculta à Administração Pública a ponderação dos critérios de conveniência e oportunidade.

Sendo assim, com base nas considerações acima expostas, voto pela concessão da segurança, em consonância com o parecer ministerial, para que a impetrante seja nomeada e empossada em definitivo no cargo público para o qual obtivera aprovação, restando prejudicado o Agravo Regimental.

É como voto.

Recife, 20 de agosto de 2013.


Erik de Sousa Dantas Simões
Relator



167
8

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO – 20 08 2013
MANDADO DE SEGURANÇA Nº 295353-7 – VITÓRIA DE SANTO ANTÃO
IMPETRANTE: VERA LÚCIA DE SOUZA GOMES
IMPETRADO: SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DE PE E OUTRO
RELATOR: DESEMBARGADOR ERIK SIMÕES

RELATÓRIO NOS AUTOS, FLS. 152-154.

VOTO DO RELATOR NOS AUTOS, FLS. 158-165.

DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO

É para nomear?

DESEMBARGADOR ERIK SIMÕES (RELATOR)

Ela foi aprovada em terceiro lugar quando existiam duas vagas.

DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO

É um concurso para professor do Estado de Pernambuco?

DESEMBARGADOR ERIK SIMÕES (RELATOR)

É. No caso ela foi aprovada para (interrompido)

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

É porque é regional, desembargador Jorge, é feito por área.

DESEMBARGADOR ERIK SIMÕES (RELATOR)

Exatamente. Então no caso desta vaga que era para (interrompido)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO

Não, é apenas para entender o endereçamento da ação ao Senhor Secretário da Educação e não contra o Governador do Estado. É o Secretário de Educação?

DESEMBARGADOR FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO

Tem razão desembargador Jorge. Desembargador Erik, a concessão da segurança Vossa Excelência então poderia ver na parte do pedido dela?

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Se é para ser nomeada ou reservar vaga, alguma coisa dessa natureza.

DESEMBARGADOR ERIK SIMÕES (RELATOR)

Leio: "Diante do exposto, em perfeita consonância com a lei e aos precedentes jurisprudenciais acima, respeitosamente, requer-se a V. Exa. O seguinte: A necessária, justa, jurídica e legal concessão do writ através de medida liminar, determinando às autoridades coatoras para que, antes da expiração do prazo do concurso público de que trata a portaria conjunta SAD/SEE nº 104 de 11 de agosto de 2008 seja admitida a incontinenti convocação e nomeação da impetrante para o preenchimento da vaga de técnica educacional em fonoaudiologia, no Quadro Permanente de Pessoal do Sistema Público Estadual de Educação do Estado de Pernambuco, a ser exercido na Comarca de Vitória de Santo Antão, até após cognição exauriente. 1. Para que sejam notificadas as autoridades coatoras, no início indicadas, para prestarem informações no prazo legal, querendo; (...) 2) Para que, em sentença final, seja confirmada a liminar ora requerida, concedendo-se em definitivo a segurança ora pleiteada".

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Se houve o regimental é porque houve liminar, ela já está empossada. O regimental é do estado.

DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO

Como se trata de mandado de segurança objetivando a nomeação em razão de aprovação em concurso público, o mandado de segurança deve ser



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

endereçado contra o Governador do Estado. A competência é da Corte Especial.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Gostaria de fazer depois uma reflexão sobre esse aspecto, essa matéria de vez em quando chega aqui. Desembargador Erik houve por parte das autoridades qualquer questionamento de legitimação?

DESEMBARGADOR ERIK SIMÕES (RELATOR)

Não, não foi suscitada essa preliminar. Ambas as autoridades prestaram informações e não suscitaram essa preliminar de incompetência do Grupo de Câmaras de Direito Público.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Competência é uma questão absoluta aí de competência funcional daqui ou da Corte, só que eu faria a seguinte ponderação: a candidata ingressa contra o Secretário de Estado, os dois, a liminar é concedida e nenhuma das autoridades questiona sua legitimação. Na medida em que a ordem vai ao secretário, mesmo que o ato seja de competência do Governador, o secretário com essa decisão encaminha ao Governador do Estado que baixa o ato.

O Governador não vai se negar ao cumprimento de uma ordem dessa natureza, tanto que com a liminar ela já foi nomeada. Então eu acho que por uma questão de realidade prática, eu ponderaria que nesse caso concreto, diante das circunstâncias, caso eventualmente os eminentes pares entendam pela concessão da segurança, no fundo que se mantenha a competência do colegiado, até porque a prestação jurisdicional me parece clara de ser positivada em favor da impetrante agravada já que ela passou em terceiro lugar, mas tinha uma vaga para ela, eram três. Uma saiu.

DESEMBARGADOR ERIK SIMÕES (RELATOR)

Eram duas vagas e então a segunda colocada saiu e aí então ela pediu no prazo de validade.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

O certame em curso, a vaga é dela, me parece.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR ERIK SIMÕES (RELATOR)

E o Estado de Pernambuco peticionou requerendo ingresso no feito mandamental e não suscitando qualquer preliminar, só reiterando as informações anteriormente prestadas.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

A própria pessoa jurídica do Estado está nos autos, portanto, tem competência para, recebendo a ordem, dá-lhe cumprimento encaminhando ao Governador do Estado para lavrar o ato definitivo, se for o caso, de posse da candidata. Mas a liberdade de votação pertence a cada um.

DESEMBARGADOR FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO

Desembargador Presidente eu indagaria ao desembargador Erik: foi concedida a liminar, não houve arguição de ilegitimidade passiva, mas a pergunta concreta é: O Estado também não informou ter nomeado, ter promovido a nomeação? O fato em si da nomeação, vamos dizer assim, é certo ou presumido?

DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO

Ou apenas reserva de vaga a liminar, desembargador Erik? Complementando a pergunta do desembargador Bandeira de Mello.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Se a liminar foi já para nomeação imediata ou apenas reserva de vaga aguardando o mérito, não é isso desembargador Jorge Américo?

DESEMBARGADOR

O direito em si é tranqüilo, a questão é de competência formal.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Questões formais que impedem o reconhecimento mais célere da prestação jurisdicional reclamada. É o registro apenas que faço.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR ERIK SIMÕES (RELATOR)

Eu concedi a liminar determinando a nomeação e por em exercício imediato a impetrante.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

De que data é desembargador?

DESEMBARGADOR ERIK SIMÕES (RELATOR)

Foi do dia 18 de fevereiro do corrente ano. O cargo é técnico fonoaudiólogo da Secretaria de Educação, eu analisar agora se houve cumprimento.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Na medida em que o Estado dispõe de duas vagas quanto mais tempo demorar sem o preenchimento das vagas o prejuízo é para a própria sociedade que não tem a prestação do serviço, mas os desembargadores Bandeira de Mello e Jorge Américo acredito que agora estejam esclarecidos. O desembargador Bandeira de Mello nem tanto porque a pergunta é se está materializado nos autos a confirmação de posse, não é?

DESEMBARGADOR FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO

Senhor Presidente, o que eu peço e aqui, por dever de lealdade trago ao colegiado, eu trouxe a julgamento certa feita, questão que guardava similaridade à hipótese em que a legitimidade do Secretário de Educação, no caso, restou naquela oportunidade questionada, objetivamente questionada, no entanto, havia provas nos autos de que a liminar deferida, não obstante contivesse ordem endereçada a quem não tinha competência para nomear, essa liminar havia sido cumprida e Sua Excelência o Governador por esta ou por outra razão já havia promovido a nomeação.

Eu compreendo e até elogio a ponderação que Vossa Excelência faz, desembargador Presidente, que é válida e merece ser sopesada como temos que sopesar também o outro lado de se ao referendar a liminar e conceder a segurança se nós, de certo modo, não criamos uma dificuldade porque eu próprio tenho precedentes de minha relatoria que eu tenho monocraticamente em alguns casos similares extinguindo o feito apontando a competência da Corte Especial e de Sua Excelência o Governador.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

E por outro lado me acomete uma certa cautela no sentido de que uma vez concedida a segurança se o Secretário amanhã disser "Olha, eu não cumpro porque não tenho competência aí fica ruim para o tribunal porque eu concedo a segurança mas fico a depender da boa vontade de Sua Excelência, o Governador de (interrompido).

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

É exatamente nesse ponto que eu gostaria de prestar um esclarecimento a Vossa Excelência porque eu já peguei qual era o raciocínio de Vossa Excelência, é que o próprio Estado peticionou nos autos, o ente Estado de Pernambuco atravessou petição nos autos segundo o eminente desembargador relator dizendo ter interesse em acompanhar o feito, de modo que se o ente Estado está nos autos me parece que a ordem será tranquilamente recepcionada para cumprimento, me parece.

DESEMBARGADOR FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO

Nesse ponto, Senhor Presidente, me permita com a devida vênia discordar de Vossa Excelência porque acho que aí o Estado atua por obrigação legal da lei do mandado de segurança que determina a intervenção da assessoria jurídica do ente público a que vinculada a autoridade coatora, não modificando, vamos dizer assim, os efeitos da ordem mandamental nem a qualquer título alterando a competência jurisdicional de 1º ou de 2º grau ou dentro do órgão fracionário.

DESEMBARGADOR ERIK SIMÕES (RELATOR)

Eu queria informar, respondendo a pergunta do desembargador Bandeira de Mello que à fl. 130 consta o ato do dia 6 de março de 2013 nomeando em caráter precário a impetrante.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

A situação está bem posta.

DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO

Desembargador Ricardo, apenas para lembrar fato que faz parte da história do Tribunal, eu, Vossa Excelência, desembargador Eurico, desembargador Fernando Cerqueira, desembargador Antenor, desembargador Roberto Maia, todos nós nos recordamos disso, isso faz parte da história do mandado de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

segurança que foi impetrado contra um Diretor do Tribunal e o Presidente do Tribunal disse: "É inexeqüível, se ele cumprir eu o demito" – e esse processo sofreu um nó extra dogmático de difícil solução. Eu não concebo que isso vá acontecer no Estado, evidente. Eu, portanto, tenho e comungo dessa mesma preocupação do desembargador Bandeira, afinal de contas competência é matéria de ordem pública, nós não podemos dispor sobre regra de competência, mas no caso concreto o Estado ofereceu duas vagas, nomeou duas candidatas, uma delas não tomou posse...

DESEMBARGADOR ERIK SIMÕES (RELATOR)

Tomou posse e depois pediu exoneração dentro do prazo de validade do concurso.

DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO

E Vossa Excelência concede a segurança em favor da candidata que foi classificada em terceiro lugar.

Então Senhor Presidente para concluir a minha participação neste caso eu vou ressaltar o meu ponto de vista, mas vou acompanhar o relator.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Vossas Excelências suscitam a incompetência do colegiado?

DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO

Não, de minha parte não, não vou suscitar não, dada essa peculiaridade do caso concreto que a impetrante já foi nomeada. Agora quanto ao mérito mantendo a coerência com o meu entendimento nos julgamentos da Corte Especial que eu julgo invariavelmente com base no entendimento do STF expresso no julgamento em sede de repercussão geral, se houve provimento da vaga e depois pedido de exoneração ou morte, ou demissão ou aposentadoria, não existe direito líquido e certo a convocar aquele que ficou imediatamente classificado após o número de vagas. Segundo ministro Gilmar Mendes no acórdão paradigmático a Administração estava obrigada a nomear dois e nomeou dois. Se um toma posse e depois pede exoneração não há direito subjetivo aquele que ficou em segundo lugar.

Diferentemente seria, isso desembargador Eurico é testemunha, tem sido o entendimento invariavelmente na Corte. Para não adotar entendimento



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

diferente em diferentes órgãos jurisdicionais, para manter a linha de coerência eu faço a ressalva quanto a preliminar e denego a segurança quanto ao mérito.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Por uma questão de ordem o desembargador Bandeira suscita a preliminar?

DESEMBARGADOR FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO

Não suscito a preliminar, Senhor Presidente, por esta particularidade. Tal como agir no caso de minha própria relatoria uma vez que houve a nomeação, aí penso que a questão tornou-se inócua porque houve o cumprimento por parte da autoridade se a questão da competência dela para praticar o ato restou superada pela prática do ato. Então tirando e neste caso concreto também com essa ressalva eu também não arguo a preliminar de ilegitimidade passiva.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Então fica só o mérito a ressalva de Vossas Excelências. Eu queria também, lembrando aquele precedente citado pelo desembargador Jorge Américo fazer lembrar desembargador, eminentes pares e Senhor Procurador que tudo isso acontecia quando era vigente a legislação vigente de mandado de segurança anterior na qual só podia ser parte do processo a autoridade apontada como coatora. Hoje a situação é outra, exatamente por circunstâncias daquela natureza a lei nova obriga que o ente personalizado seja notificado para que venha aos autos e tenha ciência de tudo que está acontecendo naquele processo, inclusive, para se for o caso dar cumprimento a eventual concessão de ordem. Esse foi o paradigma de uma lei para outra. Hoje a situação é diferente, antigamente realmente poderia e acontecia coisas dessa natureza, aonde um subalterno recebia uma segurança, cumpra, e o hierarquicamente superior dizia: 'eu não cumprio porque eu não fui parte no processo, então eu não tenho satisfação para dar a ninguém'. Hoje a situação é diferente. O Estado participando do processo, o município, o ente personalizado participando do processo ele, penso eu, sendo concedida a ordem ele tem obrigação de dar cumprimento porque o ente personalizado ao qual faz parte o despersonalizado, que é a autoridade apontada como coatora, tem ciência de tudo que se passou nos autos, teve ampla defesa e direito a recorrer até as últimas instâncias. Então, se transita em julgado ele tem que dar cumprimento, obrigatoriamente a ordem judicial, sem questionar a questão de hierarquia inferior ou superior.





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

É que ainda há pouco eu falei que o direito subjetivo dela em si era tranqüilo, sem atentar para essas nuances e que eu estava entendendo depois foi melhor analisado que a candidata que estava em segundo lugar ela foi nomeada e eu entendia que ela não tinha sido nomeada, consequentemente a de terceiro lugar substituiria com a maior tranqüilidade. Daí porque eu disse que o direito em si era muito fácil , era tranqüilo. Mas agora surgiram essas questões outras.

Vossa Excelência está entendendo então que a questão não é de incompetência e sim de legitimidade?

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Isso já foi retirado e está em julgamento o próprio mérito pela concessão da segurança.

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

Não, mas quando Vossa Excelência se referiu a nova lei do mandado de segurança.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

É por conta da preocupação do desembargador Bandeira de Mello de que eventualmente uma ordem ir ao Secretário de Estado quando ele chegasse para o Governador, o Governador diria: eu não fui parte, não cumpro. Essa é a preocupação do desembargador Bandeira de Mello.

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

Eu também entendo, quando Vossa Excelência falou da lei que a nova lei agora está entendendo de outra forma, então não estaremos diante de uma incompetência agora e sim de uma ilegitimidade.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Também não, porque o Secretário de Estado foi o responsável, ambos, porque foi um certame conjunto dos dois.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

Então Vossa Excelência está dizendo que é parte legítima? Se for parte legítima não existe questão de competência porque o órgão é este.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Eu sei, desembargador, poderia ser o Governador do Estado sem problema nenhum, porque o certame encerrado, agora é o ente despersonalizado que responderia, poderia ser, mas no caso concreto e os eminentes pares que trouxeram a discussão à questão, eles próprios entendem que no caso concreto não se recomenda porque a candidata já foi, inclusive, nomeada pelo próprio Governador do Estado que assim o fazendo aceitou espontânea e própria a ordem deste colegiado. Eu vou colher votos porque o desembargador Jorge vota em sentido diferente. Mais alguma indagação?

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

Não, eu já entendi que está superada esta questão de competência, mas é apenas para dizer que como pela nova lei do mandado de segurança que foi Vossa Excelência mesmo quem trouxe não seria mais a parte impetrada aqui, Secretário, seria parte legítima não é isso?

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Não, em tese não, tanto que quem baixou o ato foi o Governador do Estado. Só que no caso concreto...

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

Não, o mandado de segurança não foi interposto contra o Secretário, não foi?

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Foi. A autoridade adequada, correta seria o Governador do Estado.

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

E Vossa Excelência quando fez o reparo no mandado de segurança não disse que neste caso não seria o Governador não é? Poderia ser o Secretário.





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Não, não. É que não obstante os dois Secretários de Estado terem sido apontados como autoridades coatoras e na verdade o legítimo seria o Governador, quando eles receberam a ordem levaram ao Governador que cumpriu. E ato superveniente o próprio Estado ingressou nos autos dizendo ter interesse em acompanhar o andamento do processo, de modo que considerando que ela foi nomeada já e que não haveria utilidade em outra forma, apenas uma questão formal, os eminentes desembargadores que suscitaram a questão, eles próprios entenderam que, neste caso concreto, não iriam suscitar a questão da incompetência deste colegiado por ilegitimidade dos Secretários.

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

Mas eu volto a afirmar desembargador, a autoridade impetrada deveria ter sido o Governador, portanto, se deveria ter sido o Governador, independentemente de ele precariamente ter assumido ou não eu volto a dizer que este órgão não é competente.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

É isso que eu ia indagar: Vossa Excelência suscita a preliminar?

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

Suscito.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Está em discussão, portanto. Eu vou colher votos, a matéria está bem discutida.

DESEMBARGADOR FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO

Em preliminar?

11



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Em preliminar de ofício do desembargador Roberto Maia, de incompetência deste colegiado, já que o Governador não foi indicado como parte e extinção do processo sem solução de mérito, não é isso?

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

Não tem como remeter ao órgão?

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Não tem porque o Governador não está nominado como autoridade.

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

Mas ele não foi?

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Não, ele apenas cumpriu a ordem, é por isso que os eminentes pares diante do caso concreto (interrompido).

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

Eu retiro, desembargador.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Pronto, está feita a ressalva também em relação a Vossa Excelência como os demais desembargadores.

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

Mas é porque eu achei que poderia remeter para o órgão competente, mas para extinguir não.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Se fossem os três, mas não estão.

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

Aliás, eu mantenho porque eu iria denegar a ordem, de forma que eu prefiro pela incompetência.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Alguém mais que acompanha a preliminar?

DR. SOLON IVO DA SILVA FILHO - PROCURADOR DE JUSTIÇA

Em virtude da suscitação de preliminar o Ministério Público requer a palavra para se manifestar.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Vossa Excelência tem a palavra.

DR. SOLON IVO DA SILVA FILHO - PROCURADOR DE JUSTIÇA

Evidente que em tese a competência, a legitimidade primeiro seria do Governador do Estado para figurar no pólo passivo da relação jurídica posta em discussão. No caso em apreço, entretanto, se verifica que tendo em vista ultrapassado o prazo de validade do concurso público estaríamos a colocar em xeque a nomeação da candidata aprovada porque a sua nomeação em virtude liminar restaria prejudicada, ela seria excluída, não teria mais ela o prazo para ingressar ela com novo mandado de segurança e aí restaria a Administração Pública tomar uma medida outra de restabelecimento, ou melhor, de iniciação de outro processo licitatório para suprir aquela vaga que, logicamente, o administrado necessita da sua atuação como titular de um cargo efetivo de tamanha envergadura, que é no âmbito da educação no município, no caso, em Vitória de Santo Antão. Então, por conta dessa circunstância de fato e trazendo ao pensamento que o Ministério Público tem como membros na origem Promotores de Justiça e que esse Tribunal é também nominado e efetivamente deve se valer deste nome nesse momento como Tribunal de Justiça, em prol da efetivação dos direitos do administrados, dos direitos, principalmente, daqueles que não tiveram acesso a educação que é uma



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

característica do nosso país, infelizmente, que a administração, quero frisar, tem revertido esse quadro de certa forma na atualidade por conta de novas medidas em prol da educação pública de qualidade, então requer o Ministério Público o não provimento da preliminar suscitada.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Eu agradeço ao eminente Procurador.

DESEMBARGADOR FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO

Senhor Presidente, dada a intervenção do Ministério Público e com a permissão de Vossa Excelência, quer dizer, eu não quero discutir a preliminar, mas aí eu tenho impressão de que em função das intervenções feitas pelo desembargador Roberto Maia e agora pelo membro do Ministério Público, de minha parte eu passei a ter necessidade de discutir o mérito. Era isso que eu queria ponderar a Vossa Excelência.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Quando eu for colher o voto de mérito eu vou colher de um por um.

DESEMBARGADOR FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO

Certo, eu tenho necessidade de fazer intervenções de mérito na discussão.

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

Mas nós vamos julgar a preliminar primeiro desembargador?

DESEMBARGADOR EURICO DE BARROS

Vamos julgar a preliminar.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

É na discussão do mérito?



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO

Do mérito.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Então deixa votar logo a preliminar e, em seguida, o mérito.

DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA

Apenas a data da impetração da segurança quando aconteceu?

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

10 de janeiro de 2013, eu já antecipando.

DESEMBARGADOR ERIK SIMÕES (RELATOR)

03 de dezembro de 2012. Consta aqui no carimbo.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

A autuação foi em 10 de janeiro de 2013. Agora o protocolo...

DESEMBARGADOR ERIK SIMÕES (RELATOR)

O protocolo é do dia 03/12/2012.

DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA

O Estado compôs a lide?

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Sim. Pela própria Procuradoria.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA

Satisfeitíssimo.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Desembargador Erik Simões acerca da preliminar?

DESEMBARGADOR ERIK SIMÕES

Eu rejeito.

DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO

Pelas razões já expostas, ressalvo o meu entendimento, mas relevo no caso concreto.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Pois não, desembargador, agradeço. O desembargador Roberto Maia foi o suscitante.

DESEMBARGADOR EURICO BARROS

Eu rejeito.

DESEMBARGADOR ANTENOR CARDOSO

Rejeito.

DESEMBARGADOR FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO

Também, Senhor Presidente, entendo que no caso a legitimidade é do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, no entanto, tenho que no caso concreto essa questão tornou-se irrelevante dado fato da nomeação anterior. De modo que com a devida venia eu rejeito.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA

Rejeito peremptoriamente, basta apenas fundamentar na nova lei do mandado de segurança. Vossa Excelência já colocou isso muito bem posto.

DECISÃO:

"POR MAIORIA DE VOTOS REJEITADA A PRELIMINAR, DE OFÍCIO, DE INCOMPETÊNCIA DESTE ÓRGÃO"

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Agora vamos ao mérito, o eminente relator concede a segurança e declara prejudicado o agravo regimental.

DESEMBARGADOR FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO

Eu peço a palavra.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Pode ser no voto ou tem que ser na discussão?

DESEMBARGADOR FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO

Não, Senhor Presidente, é porque eu acho que aqui surgiram na discussão trazida pelo desembargador Roberto Maia, pelo desembargador Jorge e pelo Ministério Público, nuances que me parecem que nós devemos por em realce, até para não correr o risco, como corremos no princípio da votação, naquele caso em que tivemos um julgamento unânime em um sentido e um julgamento unânime no outro sentido e como esses casos são recorrentes é preciso, portanto, às vezes, realçar alguns detalhes.

O desembargador Jorge Américo aponta que o caso distintivo na visão de Sua Excelência para esta hipótese é a circunstância de a Administração ter nomeado os candidatos aprovados.

O desembargador Erik Simões de sua parte anota a existência de precedentes do Superior Tribunal de Justiça que dão uma interpretação mais larga ao julgado de repercussão geral aos parâmetros fixados em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal e admitem a existência de direito líquido e certo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

se houver desistência. Aí é que está a questão da calibração do desembargador Erik, porque aí eu coloco a Vossas Excelências o que seja a minha maneira de ver o assunto.

De fato, se nomeados os candidatos previstos nos números de vagas, a Administração, em linha de princípio, esgota o seu dever. Criou uma expectativa para aqueles candidatos de prover um determinado número de vagas e se esse número de vagas é provido, em linhas de princípio esgota-se o dever da Administração. Esse é o fundamento do voto do ministro Gilmar Mendes, condutor da repercussão geral.

Sucede que é freqüente nos concursos, muito freqüente e o TJPE é um exemplo de que, ato contínuo as nomeações haja as desistências ou simplesmente o decurso de prazo para a posse. Daí a jurisprudência tem encaminhado e esse é o meu próprio entendimento que nesses casos em que a vaga não chegou a ser provida por não assunção, o ato de nomeação, apesar de feito, ele na verdade ficou um pouco pendente de condição suspensiva porque não houve a efetiva nomeação. De modo que aí eu reconheço existir direito subjetivo dos que estavam na lista de espera de serem nomeados para aqueles casos que não chegaram a ser preenchidos.

Pois bem, outra circunstância é quando o candidato assume, toma posse, passa um ano, um ano e meio ou um ano e onze meses do período de vigência e pede demissão, sai por razão de conveniência. Penso eu que aí a questão muda de figura, a construção do direito subjetivo a nomeação jurisprudencial e extremamente salutar visa eliminar a irresponsabilidade da Administração em lançar concursos demagogicamente para iludir os candidatos e ficar manipulando-os ao longo do tempo.

Situação diversa é quando as coisas ocorrem conforme sua ordem natural, aí é de se ver, a Administração é obrigada a nomear? e a minha percepção é, não é possível responder isso em mandado de segurança – por que? Porque nós temos claramente admitido a via mandamental a partir do pressuposto fático certo de limites jurídicos conhecidos e incontroversos de que a figuração dentro do numero de vagas, ou daquelas vagas que decorrerem dos que não tomaram posse geram por si só direito líquido e certo.

Como avaliar se depois de um ano, um ano e tanto com uma vaga provida, se aquela expectativa de direito criada pela Administração ainda constitui direito subjetivo ou não? Aí penso eu que o candidato pode até dizer e entrar em juízo e dizer: "Olha, a Administração precisa porque está contratando temporariamente para este cargo específico" por ene meios de provas e, portanto, é uma frustração ao princípio constitucional da impessoalidade, ao próprio regime do concurso público a não convocação do remanescente que existe daquele concurso. Isso é possível, mas tenho dificuldade em admitir, pela via do mandado de segurança, pelas mesmas razões em que na maioria dos casos não temos admitido a simples alegação de existência de contrato



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

temporário para justificar a nomeação de candidatos porque a ponderação entre a necessidade temporária ou/e a necessidade permanente é algo que na maioria das vezes demanda alguma incursão na prova.

Então, o que me parece e que preocupa aqui e que há de nos preocupar a todos os integrantes das Câmaras Fazendárias que julgamos aqui no Grupo geralmente são concursos do Estado. Nas Câmaras, geralmente são concursos municipais com bases informativas ainda mais precárias e sujeitos também, vamos dizer assim, a interferências, metas jurídicas na Administração, maiores, mas o que me preocupa aqui é este alcance, ou seja, durante o prazo do concurso todas as vagas que surgirem, no caso, foi por demissão, mas como o desembargador Jorge coloca, contarão também as aposentadorias, contarão os falecimentos para ensejar o reconhecimento do direito subjetivo à nomeação porque existe uma lista de remanescentes? Aí já me parece ser um alcance distinto do que firmado na repercussão geral tal como anotou o desembargador Jorge.

Eu já adiantei, Senhor Presidente, na linha da intervenção mais ou menos o meu pensamento, mas peço a compreensão do colegiado, é para anotar isso, cada um de nós vai firmando no seu âmbito individual a sua linha de calibração para decidir nas câmaras como vai tratar a questão do direito líquido e certo à nomeação em casos dessa natureza.

Mas eu peço desculpas, Senhor Presidente, mas agradeço a compreensão.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Pois não. Vossa Excelência fez uma anotação pontual e precisa. São situações diferentes quando o 2º colocado, no caso, é lavrado o ato, é passado os 30 dias e ele não comparece. Não se aperfeiçoou a nomeação e posse das duas vagas, portanto, o subsequente automaticamente tem direito líquido e certo. Em sentido contrário é, aperfeiçoam-se as duas posses, nomeação e posse, um sai, teria o terceiro direito? Esse é o precedente específico do repetitivo da repercussão que foi julgada lá no Supremo Tribunal Federal. Eu vou colher votos porque a discussão vai ficar mais no plano do entendimento pessoal.

DESEMBARGADOR ERIK SIMÕES (RELATOR)

Senhor Presidente, agradeço eu quero esclarecer que olhando aqui mais detalhadamente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal falam em desistência do candidato como foi mencionado pelo desembargador Jorge Américo. Então aqui nos casos que eu trouxe do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal não fala especificamente como caso igual de nomeação com exoneração e sim de desistência, mas também trago aqui que esse Grupo de Câmaras em julgado



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

do dia 17 de outubro do ano passado por unanimidade concedeu a segurança em caso similar do município de Itáiba e nesse caso relatado pelo desembargador Fernando Cerqueira houve a nomeação da vaga dos ocupantes e depois a abertura de vagas, então nesse caso específico o Grupo de Câmaras concedeu a segurança.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

É porque a repercussão geral citada pelo desembargador Jorge Américo foi fato superveniente a esse julgamento. Já foi posterior. Mas eu pediria a compreensão de todos para eu colher votos, evidentemente se algum ainda quiser discutir eu concedo a palavra, mas se for possível, por conta do adiantado da hora.

Então desembargador Erik concede a segurança. Desembargador Jorge Américo já adiantou, mas tem a palavra.

DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO

Senhor Presidente eu vou apenas acrescentar ao meu pronunciamento anterior duas passagens para mim significativas do voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário 598099 que foi processado sob a natureza de repercussão geral nos termos do art. 543 do CPC. Sublinha Sua Excelência, o ministro Gilmar Mendes, no ponto ora sob discussão: "O que não se tem admitido é a obrigação da Administração Pública de nomear candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital simplesmente pelo surgimento de vagas, seja por nova lei, seja em decorrência de vacância daquelas mesmas vagas. O dever da Administração e em consequência o direito dos aprovados não se estende a todas as vagas existentes nem sequer aquelas surgidas posteriormente, mas apenas aquelas expressamente previstas no edital do concurso. Isso porque cabe a Administração dispor dessas vagas da forma mais adequada, inclusive, transformando ou extinguindo eventualmente cargos que outrora ofereceu no concurso".

Com essas considerações, Senhor Presidente, fazendo a diferença entre nomeação e desistência, da nomeação seguida da posse, ou seja, do preenchimento da vaga que voluntariamente depois foi desprovida porque o candidato aprovado pediu exoneração, não há que se cogitar de dever jurídico da Administração em nomear o candidato aprovado fora das vagas. Se não há dever jurídico da Administração de um lado, por outro lado desavém cogitar também da existência de direito subjetivo.

A Ministra Carmem Lúcia faz uma observação importante a respeito da situação desses candidatos que são aprovados fora do número de vagas. Se a Administração Pública não os nomeia, mas no prazo de validade do concurso





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

publicam novo edital e em detrimento daqueles remanescentes do concurso anterior e nomeia novos aprovados no concurso anterior, mas que foram aprovados fora das vagas, isto é, aprovados, mas não classificados. Aí sim, se dentro do prazo de validade do concurso anterior nasceria o direito subjetivo, que não existe no caso dos autos, por isso exigindo para configuração do direito subjetivo a existência de desistência, o que não se confunde com nomeação, mas posse, é o que aconteceu na espécie dos autos, à vista disso pedindo venia ao eminente relator e mantendo a minha linha de julgar em tema de concurso público invariavelmente nos termos do acórdão paradigma do Supremo Tribunal Federal para não criar expectativas, não gerar frustrações, prestigiar a segurança jurídica, eu denego a segurança.

DESEMBARGADOR EURICO DE BARROS

Senhor Presidente, na discussão eu me retrai, pedi a palavra a Vossa Excelência que não concedeu em virtude do adiantado da hora e eu deixei prosseguir o julgamento, mas é uma questão muito tormentosa e eu peço agora a Vossa Excelência para inverter, não é ferir o regimento, para inverter a ordem de votação porque, por exemplo, o desembargador Roberto Maia não é da Câmara de Direito Público, vai votar antes de mim, e essa questão é tormentosa porque é flagrantemente contrária a todo Superior Tribunal de Justiça, 1ª sessão, 2ª Turma, frontalmente contrário a esse entendimento de um julgado do Supremo Tribunal Federal e trago à colação todos esses julgados, então eu peço a Vossa Excelência que realmente haja essa discussão porque eu quero fazer essa inserção porque antes Vossa Excelência não me deu a palavra para eu me contrapor aos votos, as razões que não foram os votos do desembargador Bandeira e do desembargador Jorge Américo.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Mas desembargador Eurico é exatamente por isso porque no voto de Vossa Excelência pode afirmar exatamente o que disse. Isso é tranqüilo.

DESEMBARGADOR EURICO DE BARROS

A discussão importa nos votos e pode inserir no voto subsequente.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Observe Vossa Excelência que o desembargador Bandeira de Mello trouxe uma vertente absolutamente certa. Uma. Não se pode fulanizar, com todo respeito, como fez o Supremo Tribunal Federal fulanizar, tecnicamente falando,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

em um julgamento de repercussão geral questões que são casos concretos e cada um vai recomendar uma atuação diferenciada da jurisdição. A repercussão geral é uma situação de fato específica que é aquela dita pelo desembargador Bandeira de Mello que já trouxe aqui uma situação diferenciada que não é da repercussão geral. Não é. Não se pode e o desembargador Eurico tem toda razão. São centenas, milhares de decisões do Superior Tribunal de Justiça entendendo que tem sim direito subjetivo nesse caso concreto. E aí vem uma e diz que não. Repito, a decisão tem a sua inteligência, tem. É aplicável? É, mas aquele caso concreto em que foram admitidos todos e, eventualmente, um depois saiu porque a justificativa formal dada pelo desembargador Jorge Américo, mas a gente tem que se debruçar em cada caso concreto, e esse caso concreto como fez ver o desembargador Bandeira de Mello, pelo menos na linha de Sua Excelência, e eu também assim entendo, é diferente. Então eu acho que Vossa Excelência tem condições de no voto expor essa matéria independentemente de pedir vista, a não ser que Vossa Excelência queira preparar um voto, porque no voto do desembargador relator já constam os precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Na medida em que Vossa Excelência acompanha o eminente relator incorpora esse entendimento.

DESEMBARGADOR EURICO DE BARROS

Mas eu tenho que fundamentar o meu voto até para reflexão desta Corte porque, data venia, (interrompido)

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Porque eu colheria o voto do desembargador Roberto e em seguida Vossa Excelência votaria.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Não, eu gostaria de falar antes do desembargador Roberto Maia, é possível?

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Pois não.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR EURICO DE BARROS

Na verdade a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é totalmente contrária a esse entendimento, no genérico, e trago aqui à colação para ficar registrado: Mandado de Segurança, 1ª sessão, nº 19218 DF de 8 de maio de 2013; trago o recurso do mandado de segurança da 2ª Turma, nº 37842 Acre, 18 de abril de 2013; um recurso de mandado de segurança 38011 da Bahia, de 12 de março de 2013; um recurso de mandado de segurança 38117 da Bahia, de 28.11.2013; e trago um recurso em mandado de segurança 39906 de Pernambuco de 8 de maio de 2013 contra a Presidência do Tribunal de Justiça de Pernambuco, determinou o Ministro Mauro Campbell Marques:

"Administrativo. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Concurso Público para o cargo de Técnico Judiciário do TJPE. Aprovação dentro do cadastro de reserva previsto em edital. Abertura de novas vagas no prazo de validade do certame. Vagas não preenchidas após vencido o prazo de validade do certame.

1. O Superior Tribunal de Justiça 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 à nomeação e posse dentro do período de validade do certame.

2. Nessa linha, a jurisprudência desta Corte Superior também reconhece que a classificação e aprovação do candidato, ainda que fora do número mínimo de vagas previstas no edital do concurso, confere-lhe o direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo se, durante o prazo de validade do concurso, houver o surgimento de novas vagas, seja por criação de lei ou por força de vacância".

Aí vem aposentadoria ou exoneração, demissão, e aqui no caso era um concurso público para provimento no cargo de técnico judiciário do TJPE que tinha 207 vagas, foram aprovados fora do número de vagas previstos no edital. Antes de terminar o concurso, eu passo adiante aqui, pela leitura do ofício expedido pelo TJPE verifica-se que na data de 10 de julho de 2011 encontravam-se vagos 152 cargos de técnico judiciário, salienta-se que o prazo de validade do concurso em razão da prorrogação expirou em 11 de julho de 2011. Os recorrentes foram aprovados dentro do cadastro de reserva das posições classificatórias, as 2.619, independente da sequencia ele estava naqueles 152 cargos e aí determinou o STJ que eles devem ser chamados uma vez que o último a ser chamado foi o 2.616, ou seja, havendo 102 candidatos o STJ obrigou, determinou ao Presidente do Tribunal nomear esses 10 impetrantes independente da ordem classificatória deles porque o TJPE interpôs embargos de declaração para saber se poderia nomear em detrimento dos outros que estariam em colocação antecedente a esses aqui. O desembargador Jovaldo até fez uma consulta também e o STJ determinou independente do direito dos outros que nomeassem os 10. aí não teve



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

litisconsórcio passivo necessário porque se tinha 152 vagas e nomeou 10, menos 10 porque as vagas dos 152 ou dos 142 continuaram lá.

Então resultado, aqui tem outra jurisprudência e todas estão neste sentido. Aqui uma do Distrito Federal diz: "(...) In casu, a impetrante foi classificada em 81ª posição para o cargo de administrador da Advocacia Geral da União cujo edital previa originariamente e expressamente a existência de 49 vagas acrescidas dos cargos que vagarem durante o período de validade do concurso diante da existência de 45 cargos vagos, além daqueles 49 referidos, impõe-se conhecer o direito líquido e certo da impetrante à nomeação e posse no cargo para o qual foi devidamente habilitada dentro do número de vagas oferecidas pela Administração".

Eu quero dizer isso porque na verdade, como o desembargador Bandeira utilizou a palavra que me faltava dizer, ao contrário, data vênha eminente desembargador, quando ele disse salutar, eu digo justamente o contrário. Salutar a decisão do Supremo não, salutar é essa decisão porque isso tem nos históricos, já aconteceu aqui no Tribunal de vagas remanescentes. Julgamos ontem um caso idêntico na Corte Especial que está sob pedido de vista suspenso, por isso que eu trouxe esse aqui para que essa câmara de direito público porque na Corte Especial foi realmente aventada essa hipótese e debatido porque terminamos quase 08h30min da noite e Doutor Jorge Américo, por coerência, teve que fazer essa inserção aqui porque ele tem esse entendimento e votou ontem a tarde. É insalutar ser diferente porque admitindo que sejam remanescentes no caso ali da Polícia Militar, um concurso para médicos da Polícia Militar, aí passou um médico e no caso eram 04 vagas e mesmo idêntico, o 1º lugar foi nomeado, mas desistiu, ficaram 03 e o 4º lugar passou ao 3º lugar, mas o 1º foi nomeado, mas desistiu, mas houve nomeação, mas remanesceram ele era o 4º e ficou em 3º - não tem direito líquido e certo para nomeação? Vai ficar ao alvitre do comando, do governo no caso da autoridade competente para nomear? Se for o Comandante da Corporação, admitamos, aí ele é médico, mas é filho de um militar que eu não gosto, tenho antipatia, é meu inimigo, eu não vou nomear - que poder é esse? É saudável essa hipótese? Já aconteceu? Já. Não quero rememorar, mas já aconteceu. Aqui no TJPE. Aconteceu. Então eu não posso dizer que é uma medida salutar e digo, terminando meu argumento, é uma medida extremamente insalutar. Pedindo vênha ao desembargador Bandeira porque dá um alvitre, um poder, não digo de barganha, dá um poder que pode coincidir e incidir nessas hipóteses muito bem plausível, fácil de acontecer. Então com essas considerações eu quero deixar minha participação aqui nessa egrégia Corte, mas eu defendo com veemência o que existe já pacificado no STJ. Eu quero deixar somente para esclarecimento, discussão e reflexão porque é muito importante, acredito, essa esteira de entendimento.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Pois não. Desembargador Roberto Maia tinha antecipado que denegaria a segurança, mas Vossa Excelência tem a palavra.

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

Senhor Presidente inicialmente eu gostaria de deixar registrado aqui a minha lástima, certo? Pelo fato de não ver ter sido acolhida a preliminar de incompetência absoluta, por mim, inclusive, argüida, que é funcional, inclusive, com a intervenção do órgão do Ministério Público que é o fiscal da lei.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

O parecer foi pela rejeição da preliminar.

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

É nisso que estou lastimando porque o fiscal da lei deveria preservar pela lei. Então o que eu quero dizer é o seguinte, eu sei que foi uma decisão unânime, mas eu não vou tecer comentários porque eu estou vencido, só lastimando e registrar meu inconformismo, é uma incompetência absoluta, foi dito aqui que o órgão, a autoridade competente era o Governador e foge da competência. O fato de a pessoa ter sido, já o fato concreto em nada supera uma nulidade absoluta. De forma que não é uma questão que se diga, ah foi um lapso do órgão, não, manifeste (interrompido).

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Pela atenção que eu tenho a Vossa Excelência, não gaste mais energia com isso não.

DESEMBARGADOR ROBERTO MAIA

Eu não vou gastar não, mas é bom que a gente deixe registrado porque aqui acontecem situações, desembargador, que eu sou tomado a cada momento de surpresa porque um órgão julga de um jeito e no outro dia julga de outro a mesma coisa, então isso eu faço questão de julgar.

Em relação ao mérito propriamente dito eu fiquei sem entender muito bem onde quis chegar, onde quis chegar eu sei, mas o meio que ele utilizou-se



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

porque a serie de decisões que ele citou a gente não sabe se elas estão realmente de conformidade com o caso trazido aqui, ou seja, como bem explicou o desembargador Bandeira, um caso era a nomeação, pessoa já nomeada que sai e outro é pessoa que não toma, é abissal essa diferença, então eu peço vênica ao desembargador Jorge Américo para acompanhar o entendimento não só dele, do que ele trouxe de bom para esse julgamento que foram as decisões citadas e peço vênica aos que entendem diferente, ao eminente relator para acompanhar a dissidência.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Desembargador Eurico, concede a segurança não é? Pelo que já exposto.

DESEMBARGADOR EURICO DE BARROS

Concedo.

DESEMBARGADOR ANTENOR CARDOSO

Eu peço vênica a divergência e concedo a segurança.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Desembargador Bandeira de Mello também já havia antecipado que a situação é diferente, mas tem a palavra.

DESEMBARGADOR FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO

É, Senhor Presidente, rapidamente e do mesmo modo que o desembargador Eurico concita a reflexão e é justamente por conta da necessidade dessa reflexão nos ponderamos no âmbito das câmaras de direito público até onde vai o direito subjetivo. O desvio de finalidade ou o abuso de poder é prática que existe em direito administrativo e é reprimido por várias formas, inclusive, ação de improbidade administrativa.

A questão é: o que fixar em termos de jurisprudência para reconhecer como direito subjetivo para garantir a nomeação em mandado de segurança sem discutir nenhuma circunstância externa, vontade do administrador, razão de ordem pública, porque a própria repercussão geral ela fixa de fato meros parâmetros e dentre esses parâmetros um deles é de que nem os aprovados dentro do número de vagas, nem esses tem direito subjetivo absoluto, que não





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

180
8

existe direito subjetivo absoluto no âmbito da Constituição Federal, nem esses tem direito irrecusável, irremovível, inexorável a serem nomeados. A Administração pode não nomear. O que se inverte é o ônus da prova, a Administração aí precisa provar que houve fato superveniente, imprevisível e invencível a justificar a não nomeação. A própria ministra Carmem Lúcia neste julgamento traz um exemplo que é característico de um concurso nesta época ou um pouco antes desse julgamento realizado pelo Estado de Minas Gerais para mais de dois mil professores em que se reconheceu no Tribunal de Minas que não havia direito subjetivo a nomeação de ninguém por uma circunstância, era um concurso para professores primários e nesse intermédio houve uma mudança na lei de diretrizes e bases e o ensino primário foi todo dirigido para os municípios, de modo que o que tinha sentido para o Estado até aquele momento, lotar as escolas estaduais de professores de sua própria rede, deixou de ter sentido, então o concurso perdeu o sentido. Então se reconhece, não há direito subjetivo a nomeação, circunstância superveniente clara, objetivamente mensurável que dá condição à Administração de dizer: 'Nem esses'.

O que se coloca aqui e me parece ser necessário é o que o desembargador Eurico coloca, e coloca com razão, de que muitas vezes pode a Administração incorrer em desvio de finalidade, não apenas em concurso, em licitação, na prática de nomeação de cargos comissionados, há inúmeras formas, toda forma de direito administrativo ou todo ato administrativo é passível de desvio de finalidade por definição.

A questão é: qual é o direito que nós vamos proteger em sede de mandado de segurança para reconhecer que ele é líquido e certo? No caso concreto tem-se uma candidata que foi a 3ª e pretende ser reconhecido esse direito líquido e certo em função de uma vaga que surgiu. Aí é relevante que esta vaga tenha surgido por exoneração de um concursado? Seria relevante se fosse decorrente de aposentadoria? Ou de morte? Neste caso a Administração está sujeita a novo juízo de valor de conveniência e oportunidade? O parâmetro deferido pelo Supremo Tribunal Federal diz que sim, o Superior Tribunal de Justiça neste exemplo do Tribunal de Pernambuco relatado pelo ministro Mauro Campbell Marques por quem tenho enorme admiração, mas também não tenho nenhum pejo em colocar que, com a devida vênia, entendo que Sua Excelência laborou em grave equívoco duplo. Um, ao não assegurar o direito de precedência dos que estavam melhores colocados, e em segundo, por interpretar equivocadamente a situação fática na hipótese em que o Tribunal de Justiça de Pernambuco transcorreu dentro da mais absoluta normalidade, tendo sido nomeado milhares de servidores. Não querer enquadrar, segundo eu entendo, como desvio de finalidade a não nomeação de quem estava lá no final da fila porque não foi nomeado nos três ou quatro últimos dias antes de finalizar o concurso é algo que não se enquadra dentro da visão do direito administrativo como ele se encaixa normalmente. Coisa diferente é a gente pegar manipulação de concurso. Existe. Deve ser frontalmente combatido. A questão é: estamos em sede de mandado de segurança, nem se discute aqui:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

há algum vício de pessoalidade no caso? Ele é presumido e se está a linha dos que defendem a existência de direito líquido e certo partem do raciocínio de que: se há vaga dentro do prazo de validade, há o direito, porque há o dever da Administração de nomear. Esse engessamento é um pulo a mais, é um passo a mais no larguíssimo passo em relação a antiga jurisprudência construída por Hely Lopes Meirelles de que o aprovado em concurso público só tinha mera expectativa de direito. Passou-se 50 anos no Brasil dizendo isso, até que os tribunais disseram: Não, vamos rever esse chavão, esse dogma, e os tribunais derrubaram o dogma. A questão é: os tribunais vão continuar avançando no dogma para dizer que toda vaga, porque a consequência termina sendo essa: vaga aberta – existe disponibilidade orçamentária? O administrador é obrigado a nomear? Aí isto não me parece algo que o Judiciário deva construir sob pena de engessar demais a Administração e aí prejudicar a sociedade. Acho que temos que continuar espremendo o desvio de finalidade e o abuso de poder para recolocar a Administração e o concurso no seu devido lugar. Agora não espremer demais sob pena de inviabilizar o que é a rotina da Administração e do dia a dia.

Senhor Presidente pedindo desculpas pela intervenção alongada, sobretudo a Vossa Excelência, aliás, eu peço vênias também ao relator para denegar a segurança.

DESEMBARGADOR EURICO DE BARROS

Desembargador Presidente, não pode polemizar e nem tem réplica em votação, mas eu quero só cinco palavras para aditar o meu voto. É o seguinte, a regra não é absoluta, mas o administrador tem que justificar, se justificável aquela não nomeação das vagas supervenientes, porque pode passar o ano e no outro é outro exercício financeiro, mas no mesmo exercício financeiro, o que vai dizer, não tem dotação orçamentária? Tem. Porque tinha para nomear 200 e saíram 10, tem que nomear os outros 10, mas apenas quero dizer que a regra não é absoluta, mas acontece que não é absoluto o domínio do administrador de nomear ou não. Se a vaga foi superveniente ele tem obrigação de nomear, a não ser que ele justifique como também ele pode justificar até aqueles, logicamente, aqueles que passaram no concurso, embora hoje a jurisprudência não permita mais isso, mas as vagas supervenientes eu entendo, aditando o meu voto, desde que justificável, ele pode não nomear, mas injustificadamente não.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Eu agradeço ao desembargador Eurico e ao desembargador Bandeira de Mello, com a palavra o desembargador Fernando Cerqueira.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA

Eu gostaria de pedir apenas um esclarecimento, Senhor Presidente, ao eminente relator. Eu posso dizer a Vossa Excelência que eu concordo em absolutamente todos os pontos aqui destacados pelo desembargador Bandeira de Mello e pelo desembargador Jorge Américo Pereira de Lira. Esse é realmente o entendimento que norteia os julgamentos, pelo menos os que são levados à apreciação das câmaras de direito público, ocorre que é preciso realmente dar atenção nesses casos ao edital do concurso para que eu possa fixar realmente o meu entendimento e não pude pedir isso porque eu quis cooperar com Vossa Excelência pedindo que levássemos a questão para votação imediatamente, mas ficou a minha dúvida. Eu gostaria de pedir ao desembargador relator que me esclarecesse se for possível, se constar do mandado de segurança, se no edital ele limita o número de vagas, duas vagas, ou ele ressalva duas vagas e as demais que ocorrerem durante o prazo de validade.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Desembargador Fernando ela está pleiteando a vaga aberta.

DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA

Exatamente isso é que vai balizar o meu entendimento, desembargador Presidente. É porque a vaga aberta foi decorrente de uma exoneração?

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Não, de uma desistência.

DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA

De uma desistência? Foi de exoneração pelo que pude entender.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Ah, de exoneração, eu pensei que tinha sido de desistência.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA

Então isso vai balizar o meu entendimento. Se fosse por desistência eu não teria dúvida nenhuma de conceder a segurança aqui agora sem dúvida nenhuma, mas como é de exoneração eu fiquei com essa dúvida e peço esse esclarecimento.

Enquanto o eminente relator procura, eu vou assim adiantar o meu pensamento a esse respeito. É que a prática que evidentemente a jurisprudência dominante após os tribunais venceram o dogma criado por Hely Lopes Meirelles era de que os tribunais superiores, inclusive, várias decisões tomadas pelo STJ dava como direito líquido e certo daqueles candidatos que passassem dentro do número de vagas em qualquer concurso a nomeação imediata. Vem então o STF com esse julgamento com repercussão geral e aí diz o seguinte: "O candidato tem direito líquido e certo a nomeação se tiver passado dentro do número de vagas". Ocorre que a nomeação fica dependente da oportunidade do poder público em nomear até o final do prazo do concurso. Então isso mudou, nós estamos diante de um novo paradigma. Entende-se isso como uma mudança salutar? Eu entendo que sim. Se o poder público tem 30 vagas naquele momento ele pode oferecer a concurso para contratação mediante as regras que ele determinar no edital e evidentemente a meu ver a jurisprudência anterior defendida pelo Superior Tribunal de Justiça estava correta porque todas aquelas vagas tem previsão orçamentária, tem disponibilidade financeira e se forem criadas por lei também estão no mesmo patamar.

Evidentemente que o poder público tem condição sim de nomear e aí fica na dependência da conveniência e oportunidade de nomear. Essa é uma questão que eu coloquei após essa decisão do Supremo Tribunal Federal porque mudou radicalmente o paradigma que nós tínhamos em relação ao direito subjetivo de nomeação de um candidato que prestou concurso e foi aprovado. Antigamente ele era aprovado e se estivesse dentro do número de vagas tinha direito subjetivo à nomeação imediata e, evidentemente ao restante seria obedecido o edital do concurso que aqueles candidatos que lograssem êxito, aprovação e que estivessem fora do número de vagas seriam nomeados até o final do concurso. Isso era o paradigma que nós estávamos habituados. Eu entendo que isso agora mudou. O direito subjetivo passa a ser apenas dos candidatos que estão dentro do número de vagas e é evidente que nós temos que verificar isso caso a caso. Esse caso é um caso. Se nós tivéssemos diante de uma desistência como bem colocou aqui o desembargador Bandeira, o meu entendimento seria realmente voltado, dirigido para a concessão da segurança - Por que? Porque a desistência não logrou o ponto final que é a nomeação.





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Desembargador Fernando, Vossa Excelência me permite? Para complementar o raciocínio de Vossa Excelência uma observação?

DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA

Pois não, desembargador Presidente.

DESEMBARGADOR RICARDO PAES BARRETO (PRESIDENTE)

Dentro de tudo que foi votado na divergência o Estado, a Administração que tem a discricionariedade de nomear ou não de acordo com sua conveniência trouxe no caso concreto algum fato superveniente que desautoriza a nomeação? Não. Eu acho, o raciocínio de Vossa Excelência é perfeito, me perdoe até eu me estender um pouco mais, mas é preciso que a Administração dentro da sua discricionariedade também traga esse elemento subjetivo e diga: não, eu não posso nomear agora, eu não vou nomear agora, não é porque eu não estou com vontade não, eu não vou nomear agora é por tal argumento. Mas argumentar isso secamente? Eu devolvo à palavra a Vossa Excelência.

DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA

É, exatamente, mas essa é a situação atual criada com essa decisão com repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, o que eu não consigo assimilar de forma nenhuma. Eu lembro que isso ocorreu quando nós estávamos em um julgamento desses que eu estava relatando e aí como a matéria já era amplamente conhecida e pacífica, então o desembargador Jorge Américo me aparteia e com muita precisão disse: Vossa Excelência não está atualizado. A decisão do Supremo Tribunal Federal agora é essa. Eu fiquei parado. Surpreso. De repente muda a orientação, evidentemente mudando a orientação move-se a perspectiva do direito e nós temos que ter um tempo para assimilar. É como eu disse a nova orientação do Supremo Tribunal Federal eu já assimilei. Entendo. Se nós temos 30 vagas, a Administração Pública oferece 30 vagas para um concurso público, aquelas pessoas passam a ter se lograrem êxito dentro do número de vagas passam a ter direito subjetivo à nomeação. Só que o Supremo Tribunal Federal foi além, antes essa nomeação era imediata e agora é no prazo de validade do concurso. Isso significa dizer implicitamente que aquelas pessoas que passaram fora do número de vagas não tem direito subjetivo nenhum a nomeação. Então é preciso neste caso se ressaltar a importância do edital. Por isso que eu fiz a pergunta: o edital ressalva esse ponto em que ela fixou o prazo de duas vagas e mais as que ocorrerem no prazo de validade do concurso?



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GERÊNCIA DE TAQUIGRAFIA

DESEMBARGADOR ERIK SIMÕES (RELATOR)

Não há essa previsão no edital. Apenas as duas vagas.

DESEMBARGADOR FERNANDO CERQUEIRA

Não tem previsão no edital? Então denego a segurança.

DECISÃO:

"POR MAIORIA DE VOTOS, REJEITADA A PRELIMINAR, DE OFÍCIO, DE INCOMPETÊNCIA DESTE ÓRGÃO. MÉRITO: POR MAIORIA DE VOTOS, DENEGOU-SE A SEGURANÇA. LAVRARÁ O ACÓRDÃO DES. JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA".
