

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA NOMEAÇÃO DE ASSESSORES JURÍDICOS  
NÃO CONCURSADOS APÓS A REALIZAÇÃO E A HOMOLOGAÇÃO DE  
CONCURSO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE PROCURADOR**

**DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL**  
**Mandado de Segurança nº 1868/2004**  
**Estado do Rio de Janeiro**

*Impetrantes:* Servio Tulio do Nascimento Moraes e Outros.

*Impetrado:* Exmo. Sr. Prefeito do Município de São Gonçalo.

*Relator:* Des. Gerson Arraes

*MANDADO DE SEGURANÇA. Constitucional-Administrativo. Concurso público. Provimento de cargos de "assessor jurídico" pela autoridade Impetrada, antes e após a realização e homologação de concurso para o cargo de procurador do Município. Obrigatoriedade de concurso Público. Inteligência do art. 37, II, CF. Fraude à Constituição. Resistência do Prefeito do Município de São Gonçalo, em nomear e dar posse aos Impetrantes, aprovados no certame. Alegações de observância da dotação orçamentária e ausência de experiência dos concursados, para desempenho das funções de Procurador. Inocorrência. Consta que terceiros que ocupam os cargos para os quais os impetrantes foram aprovados, são remunerados em valores muito superior ao previsto para o cargo, bem como, o fato da aprovação revelar capacidade intelectual e competência dos Impetrantes. Alegação de mera expectativa de direito. Inexistência. Não obstante se saiba, como regra geral, que a aprovação em concurso gera mera expectativa de direito, o STJ e STF, têm entendido que no caso de candidato classificado dentro das vagas previstas no edital e no período de validade do certame, há direito subjetivo à nomeação, fugindo a nomeação do campo da discricionariedade, passando a ser ato vinculado. Inconstitucionalidade reconhecida incidenter tantum das nomeações levadas a efeito antes e após a homologação do concurso. Concessão da ordem, consolidando-se a liminar deferida, para imediata nomeação e posse dos Impetrantes.*

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 1868/04 em que são Impetrantes SERVIO TULIO DO NASCIMENTO MORAES E OUTROS, e Impe-

trado EXMO. SR. PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO.

ACORDAM, os Desembargadores que integram a Décima Sexta Cível do Tribunal de

Justiça do Estado do Rio de Janeiro, POR unanimidade em CONCEDER A ORDEM, nos termos do voto do Des. Relator.

## RELATÓRIO

Trata a hipótese de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por SERVIO TULIO DO NASCIMENTO MORAES E OUTROS, contra ato do SR. PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO, alegando, em síntese, que prestaram concurso para o cargo de Procurador do Município de São Gonçalo, logrando êxito no certame e que aguardam as nomeações que não se verificaram para o cargo mencionado, segundo afirmam, sob a justificativa de ausência de necessidade.

Aduzem os Impetrantes, que existem vagas para os cargos para os quais prestaram concurso, e que os mesmos estão sendo ocupados por servidores contratados, o que contraria expressa determinação contida na Constituição Federal, em seu art. 37, II.

Os Impetrantes, na petição inicial fazem referência à investidura em cargo público sem a realização de concurso, chamando a atenção para o fato de que esta prática é Inconstitucional, e os atos dela decorrentes, nulos.

Enfatizam, ainda, os Impetrantes, que na Prefeitura Municipal de São Gonçalo, encontram-se em exercício, dezenas de Assessores Jurídicos, exercendo cargos em comissão, vale dizer, as mesmas funções destinadas aos Procuradores e, mesmo após a realização do concurso público para provimento de 26 vagas (mais três para deficientes físicos), permanecem indebitamente desempenhando as funções do cargo, enquanto que para os concursados não há sequer previsão de nomeação, apesar da inequívoca necessidade da Prefeitura.

Requereram os Impetrantes concessão de medida liminar, sob o palio da ocorrência do *fumus boni iuris e periculum in mora*.

Pedem, finalmente, a concessão da ordem em definitivo, para nomeação dos aprovados no concurso público para o cargo de Procuradores.

Edital de homologação de concurso público, referente ao cargo de Procurador da Prefeitura de São Gonçalo, conforma reprodução de fls. 62, com relação dos aprovados, as fls. 66/67.

Despacho inicial desta Relatoria, as fls. 103, determinando as providências preliminares ao julgamento do *mandamus*.

Informações prestadas pela autoridade Impetrada, as fls. 116/121, em que é salientada a pretensão dos Impetrantes e, confirmando a ocorrência do concurso público para provimento do cargo de Procuradores Municipais, regularmente efetuado e homologado, não tendo segundo alega, a Administração Pública convocado qualquer dos concursados, mas pretendendo fazê-lo "gradativamente", de acordo com sua necessidade, dentro de seus limites orçamentários, se achando, com isso, no exercício discricionariedade administrativa.

*Segundo a autoridade Impetrada, o Município encontra-se com sua dotação orçamentária para despesa com pessoal nos limites dos ditames da LC 101/00, e que a aprovação em concurso público não constitui direito líquido e certo, mas sim mera expectativa de direito, não vinculando o Município à nomeação dos Impetrantes, e por tal sorte, sendo discricionário o ato, aguarda a conveniência e oportunidade.*

Não negou a autoridade Impetrada que os cargos estejam sendo ocupados por terceiros não concursados, que suprem a necessidade de pessoal dentro da Procuradoria, e que o mesmo implica em atribuições de alta complexidade, "que não pode ser exercido por profissionais inexperientes, sendo temeroso e inviável trocar estes poucos profissionais pelos concursados."

*Decisão proferida por esta Relatoria, as fls. 147/148, deferindo liminar com efeito cautelar, assegurando o direito dos Impetrantes, durante a tramitação do mandamus.*

*Agravo Regimental interposto as fls. 160/167, contra a decisão que concedeu liminar aos Impetrantes.*

Parecer da Procuradoria de Justiça, as fls. 177/180, opinando pela concessão da segurança.

Requerimento de formação de litisconsórcio ulterior formulado as fls. 182/186, por VIVIANE MATOS GONZALEZ PEREZ, deferido as fls. 190.

É o Relatório.

## VOTO

Trata a hipótese de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por SERVIO TULIO DO NASCIMENTO MORAES E OUTROS, contra ato do PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO, alegando, em síntese, que prestaram concurso para o cargo de Procurador do Município de São Gonçalo, logrando êxito no certame e que aguardam as nomeações que não se verificaram para o cargo mencionado, segundo afirmam, sob a justificativa de ausência de necessidade.

*PRELIMINARMENTE, cumpre enfrentar o Agravo Regimental interposto pela autoridade Impetrada, as fls. 160/167, contra a decisão liminar proferida as fls. 147/148, que concedeu tutela de urgência requerida pelos Impetrantes na inicial.*

Os argumentos expendidos no recurso não fogem aos padrões contidos nas informações prestadas pela autoridade Impetrada, e sendo nesta oportunidade julgado o mérito da questão controvertida, fica prejudicada a interposição recursal.

Quanto ao *MÉRITO*, saliente-se que as informações prestadas pela autoridade Impetrada, Prefeito do Município de São Gonçalo, não resistem a um exame à luz da Constituição Federal, do bom senso, do Direito e da legalidade, haja vista que o Alcaide, permitindo que pessoas não habilitadas exerçam as funções para as quais os Impetrantes foram

aprovados através de concurso público, fere direito Constitucionalmente assegurado, não se justificando as singelas alegações referentes à dotação orçamentária e inexperiência dos concursados, uma vez que, a uma, consta que o cargo para o qual verificou-se o certame, enseja uma remuneração bem inferior à que vem sendo paga aos contratados, e a duas, o só fato de os Impetrantes terem sido aprovados no concurso, revela, a aptidão e com intelectual dos mesmos.

Note-se, ainda, como referido na decisão de fls. 147/148, como vimos de ver, que se trata inequivocamente de ato nulo, a nomeação de "*assessores jurídicos*", e a manutenção deles no exercício do cargo para o qual os Impetrantes foram aprovados em concurso, infringente dos Princípios Constitucionais da Legalidade, Moralidade e Isonomia, informadores da conduta do Administrador Público, cf. CF/88, art. 37. *caput*, em nada alterando o quadro jurídico da situação, o fato de o provimento dos cargos terem se dado sob rubrica diversa da prevista no edital do concurso.

Ressalte-se, por oportuno, que em claro indício de irregularidade administrativa, na figura do desvio de finalidade, existe procedimento investigatório no âmbito do MP Estadual, a apurar ato de Improbidade Administrativa praticado pela Autoridade Impetrada, no que pertine às nomeações anteriores ao concurso e posteriores a ele, em detrimento do direito dos Impetrantes.

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer de fls. 177/180, que pela sua correção fica fazendo parte integrante da presente decisão na forma regimental, chama a atenção para o aspecto de não haver nada que justifique a permanência dos chamados "*assessores jurídicos*", e que se acha configurado o direito líquido e certo dos Impetrantes, diante do fato da nomeação de terceiros para o desempenho das mesmas atribuições para as quais se habilitaram em concurso.

A investidura em cargo ou emprego público, segundo a CF/88, art. 37, 11, depende de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza

e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em Lei, ressalvadas as nomeações para o cargo em comissão declarado em Lei, de livre nomeação e exoneração.

Com efeito, verifica-se, à toda evidência, a necessidade de concurso para a investidura em cargo ou emprego público, configurando fraude à Constituição, a contratação de servidores para ocupar cargos, sem a realização de concurso.

O art. 37, IV da CF/88, por seu turno, estabelece que: “*Durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado no concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre os novos concursados para assumir cargo ou emprego na carreira.*”

Se os concursados têm preferência sobre os aprovados em novo concurso, o que dizer quando o preenchimento dos cargos foram providos através de ato que desrespeita o art. 37, II da CF/88, não resultando dúvida de que a contratação para cargo público sem a realização de concurso, em detrimento dos Impetrantes, ultrapassa os limites da necessidade, da conveniência e oportunidade, salientados pela autoridade Impetrada, que justificariam, em tese, a figura da contratação de urgência para desempenho de funções nos quadros da Administração sem a exigência do certame.

Não obstante se saiba, como regra geral, que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito, por outro lado, se tem entendido que, no caso de candidato classificado dentro das vagas previstas no Edital, há direito subjetivo à nomeação durante o período de validade do concurso, estando a Administração adstrita ao que fora estabelecido no ato convocatório, razão pela qual a nomeação deixaria o campo de discricionariedade, passando a ser ato vinculado, cf. precedentes do STJ e STF.

#### POR TAIS FUNDAMENTOS:

I) JULGA-SE PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL interposto, diante do exame, enfrentamento e resolução do mérito.

II) Reconhece-se, incidentalmente, a Inconstitucionalidade e conseqüente nulidade das nomeações levadas a efeito, antes e após a realização do concurso em que aprovados os autores, CONCEDENDO-SE A ORDEM, PARA DETERMINAR A IMEDIATA NOMEAÇÃO E POSSE DOS IMPETRANTES PARA O CARGO DE PROCURADOR DO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO.

III) CONDENA-SE A AUTORIDADE IMPETRADA, nas custas do processo.

Rio de Janeiro, 09 de novembro de 2004.

Des. Bernardino Leituga – Desembargador Presidente

Gerson Arraes — Des. Relator

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Décima Sexta Câmara Cível

Mandado de Segurança nº 2004.004.01868

*Impetrantes:* Sérgio Tulio do Nascimento Moraes e Outros

*Impetrado:* Prefeito do Município de São Gonçalo

*Mandado de Segurança. Aprovados em concurso público, preteridos em nomeações para cargos cujas atribuições são privativas. Direito líquido e certo. Liminar deferida. Pa-recer pela concessão da segurança.*

Excelentíssimo Senhor Desembargador Relator,

Egrégia Câmara,

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado em face do Prefeito do Município, de São Gonçalo por um grupo de candidatos aprovados em concurso público para o preenchimento de cargos de Procurador do Município, que não lograram ser nomeados, sob a alegação de inexistência de vagas, as quais, entretanto, vêm sendo ocupadas por pessoas sem a, habilitação necessária e sem o cumprimento da exigência constitucional do concurso público.

A inicial de fls. 02/15 contendo pedido de liminar vem instruída com os documentos de

fls. 16/68 e 71/100 e mereceu o r. despacho de fls. 103, em que são requisitadas as informações, para posterior apreciação do pedido de liminar, e determinação de vista ao Ministério. Público.

Novo pedido de juntada de documentos às fls. 106/108.

A autoridade tida por coatora prestou as informações de fls. 110/114, ratificadas às fls. 116/121, as quais são também firmadas pelo Procurador Geral do Município.

Novos documentos são trazidos às fls. 123/145.

Decisão concessiva da liminar pleiteada às fls. 146/148, reconhecendo a presença dos requisitos indispensáveis à providência requerida, quais sejam, a plausibilidade do direito alegado e o perigo da demora, nos exatos termos do que dispõe o art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51.

Pedido de juntada de documentos novos às fls. 151/158.

Interposição de agravo regimental às fls. 160/171 e pedido de juntada de documentos às fls. 174/175, determinando-se a abertura do presente termo pelo r. despacho de fls. 176.

É o relatório.

Pretendem os impetrantes lhe seja reconhecido o direito à nomeação para os cargos aos quais se habilitaram mediante a regular participação em concurso público, considerando que a negativa de existência de vagas não restou demonstrada, principalmente pelo fato de pessoas estranhas ao certame estão sendo nomeadas em caráter precária para o desempenho das atribuições próprias dos cargos de Procurador do Município.

Em suas informações, a autoridade impetrada afirma que os impetrantes “fazem alegações infundadas, acostando aos autos aleatoriamente diversas publicações de nomeações”, admitindo, entretanto, a ocorrência de nomeações para o suprimento da necessidade de pessoal dentro da Procuradoria, e reconhecendo tratar-se de “um cargo com atribuições de alta complexidade e que não pode ser exercido por profissionais inexperientes”, concluindo por dizer que ser “temeroso e inviável

trocar estes poucos profissionais pelos concursados, conforme pretendem os Impetrantes, já que a atuação dentro da Procuradoria Jurídica é revestida de toda peculiaridade.” (sic) (fls. 117/119).

As alegações dos impetrantes vêm respaldadas, em farta documentação, suficiente para demonstrar a ocorrência de irregularidade nas nomeações noticiadas.

É indiscutível que à Administração Pública não se impõe a obrigação de nomear os aprovados em concurso público que promove, tendo em vista a possibilidade de superveniência de fatos que não mais justifiquem tais nomeações, por questão de convivência e oportunidade, assistindo razão ao impetrado tão somente quando lembra que a aprovação em concurso público, por si só, não constitui direito líquido e certo à nomeação.

Por outro lado, indiscutível, igualmente, que não pode o Poder Público, “desprezando candidatos aprovados em concurso”, como registrado na r. decisão de fls. 146/148, preencher esses cargos com nomeações de estranhos ao certame, em flagrante descumprimento do princípio da legalidade, insculpido no art. 37, da Carta Magna.

A alegação da autoridade impetrada de que há exploração política eleitoral do episódio, “causando prejuízos também a “autoridade coatora”, o Exmº Sr. Prefeito Henry Charles, que concorre à reeleição e tem sua imagem abalada” (fls. 166) “para ludibriar eleitores em reta final da campanha eleitoral, finalidade única dos autos ora agravados” (fls. 174), não se sustenta. *data venia*.

Mormente nestes tempos em que projetos pessoais ambiciosos são levados adiante, em total desrespeito aos princípios democráticos, à liberdade dos cidadãos de escolherem seus representantes, vendo-se postulantes a cargos eletivos, ou mesmo autoridades no exercício de seus mandados, ameaçarem a população, invocarem o nome de Deus, tudo para que prevaleça o seu candidato, o seu projeto pessoal, pouco importando a real finalidade do processo eleitoral, que consiste em oportunizar aos cidadãos, livremente, apontar aqueles

que querem ver ocupando esses cargos, é intolerável que se assista ao desmoroamento das instituições que sustentam a própria existência do Estado Democrática de Direito, cabendo ao Judiciário, nas oportunidades que se oferecem, fazer valer os princípios que asseguram a certeza de que tal estado de coisas não há de prevalecer.

Entendendo configurado o direito líquido e certo dos impetrantes, com o fato da nomeação de terceiros para o desempenho das mesmas atribuições para as quais se habilitarem em certame, regular, esta Procuradoria de Justiça manifesta-se pela concessão da segurança pleiteada, confirmando-se a liminar, para que se tenha a correta e necessária — aplicação da Justiça.

Rio de Janeiro, 23 de setembro de 2004

José Aluizio de Arruda — Procurador de Justiça

## DECISÃO

I) Trata a hipótese de Mandado de Segurança com pedido liminar, impetrado contra ato do Prefeito de São Gonçalo, que, desprezando candidatos aprovados em concurso para provimento de cargos de Procurador do Município, deixando de nomeá-los, contratou precariamente servidores de fora do quadro para desempenhar as funções descritas no edital do concurso.

II) Juntam os impetrantes docs. de fls. 29/68, a comprovarem sua tese, no sentido de que foram aprovados regularmente no certame, bem como, de que existem advogados e bacharéis exercendo as atribuições de “assessor jurídico”, em tese, idênticas para as quais os impetrantes foram habilitados.

III) Nota-se, assim, em juízo de cognição sumária, que a presente questão requer Tutela de Urgência através da concessão de liminar, uma vez que se trata, em tese, de ato nulo, infringente dos princípios da legalidade, moralidade e isonomia, informadores da conduta do administrador público (art. 37, *caput*, CF/88), sob pena de posterior e eventual con-

cessão da segurança tomar-se inócua e sem objetivo face a urgência retratada na inicial.

IV) Demonstrados assim a plausibilidade do direito alegado e o perigo da demora, nos termos do art. 7º, II, Lei 1533/51, Defiro a liminar, com efeito cautelar, determinando à autoridade Impetrada que assegure as vagas dos candidatos aprovados, abstendo-se de nomear quaisquer outros para desempenho das atribuições contidas no edital do concurso, ficando suspenso o prazo de validade do certame até decisão final do presente *mandamus*, resguardando-se, assim, todos os direitos dos impetrantes no concurso.

V) Expeça-se ofício, urgentemente.

VI) Requistem-se as informações.

VII) Intimem-se os Impetrantes. Comunique-se a autoridade Impetrada, Ciência ao MP.

Em, 05/08/04

Gerson Arraes — Des. Relator

## EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.868/2004

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Mandado de Segurança. Requerimento de provimento integrativo do julgado fundado em omissão. Alegação de omissão quanto aos efeitos do reconhecimento incidental da inconstitucionalidade, bem como, quanto ao provável desrespeito da ordem de classificação. Ocorrência. Declaração de que o reconhecimento incidental tantum da inconstitucionalidade tem eficácia ex-nunc, operando-se a partir da decisão de seu reconhecimento. Declaração de que aos aprovados impetrantes deve ser implementada posse imediata, com fundamento no princípio da razoabilidade, ponderação de interesses e julgamento por equidade, resguardando-se o direito dos aprovados não constantes do rol de impetrantes, na esteira do julgado. Acolhimento dos embargos.*

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de embargos de declaração no agravo de ins-

trumento nº 1868/2004, em que é embargante  
**PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO.**

*ACORDAM, os Desembargadores que integram a Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, POR unanimidade em acolher os presentes embargos, nos termos do voto do Des. Relator.*

## VOTO

Trata a hipótese de embargos de declaração interpostos pelo PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO, em face do acórdão desta Câmara, de fls. 197/204, nos quais ressalta o embargante, o desejo de cumprir a ordem judicial, requerendo, entretanto, declaração que considera imprescindível, para execução dos atos administrativos.

O primeiro ponto em que se funda o presente recurso, diz respeito a omissão dos efeitos da inconstitucionalidade reconhecida incidentalmente, *se ex tunc ou ex nunc, já que esse aspecto não foi esclarecido no acórdão.*

O segundo ponto, relativamente ao qual se funda o recurso, diz respeito a ordem classificatória, pois não foram todos os aprovados que ingressaram com o mandado de segurança, existindo seis candidatos, além dos dois primeiros colocados, aspirantes ao cargo de procurador, que foram classificados entre os vinte e seis primeiros colocados, repita-se, que não figuraram como impetrantes.

Com efeito, assiste razão ao embargante, no tocante a omissão do julgado, quanto aos efeitos da inconstitucionalidade incidentalmente reconhecida, que no caso em espécie, indubitavelmente, *é ex nunc, vale dizer, a nulidade foi declarada a partir da homologação do concurso, sendo, portanto, válidos os atos praticados por aqueles que preencheram os cargos de assessores jurídicos, até o momento da convocação dos concursados aprovados, por não mais se justificar a contratação de caráter urgente, sem concurso público,*

Quando ao segundo ponto abordado no recurso, diga-se que embora haja candidatos aprovados que não fazem parte da relação de impetrantes, esse 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 questão, *pois merecer julgamento por critério de equidade, nada mais do que justiça no caso concreto.*

É certo que os seis candidatos, nominados no presente recurso, além dos dois primeiros colocados, não fazem parte do polo ativo do mandado de segurança, por razões que não importam aqui ser consideradas, sem que isso impeça, a nomeação e posse dos mesmos desde que sejam notificados a manifestar-se sobre a conveniência desses atos, resguardando-se a administração da prática de atos que os prejudique, ou venha por omissão, deixar de praticar atos que digam respeito ao direito desses concursados o que de resto já fora reconhecido por esta Câmara.

Pelo exposto, acolhem-se os embargos de declaração, passando a constar do decisum *o seguinte: "...Por tais fundamentos reconhece-se a inconstitucionalidade com eficácia ex-nunc, bem como, determinando-se, com fundamento no princípio da razoabilidade, ponderação de interesses e julgamento por equidade, a convocação e conseqüente nomeação dos impetrantes, resguardando-se os interesses e o direito dos aprovados não constantes do rol de impetrantes."*

Rio de Janeiro, 03 de novembro de 2004

Des. Ronald Valladares — Desembargador  
Presidente

Gerson Arraes — Des. Relator