



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000778805

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004472-04.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante, é apelado FUNDAÇÃO CASA CENTRO DE ATENDIMENTO SOCIO EDUCATIVO AO ADOLESCENTE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR (Presidente) e PERCIVAL NOGUEIRA.

São Paulo, 24 de setembro de 2020.

ANTONIO CELSO FARIA

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACF nº 11.420/2020

Apelação nº **1004472-04.2019.8.26.0053**

Apelante:

Apelado: **Fundação Casa Centro de Atendimento**

Sócio-Educativo ao Adolescente

Comarca de **São Paulo/SP**

APELAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO DE INGRESSO PARA PROVIMENTO DE CARGO VAGO DE ENGENHEIRO CIVIL. Mandado de Segurança. Pretensão à nomeação e posse no cargo, que foi aprovado. Edital que previu a vaga. Impetrante aprovado em primeiro lugar e dentro do número de vagas previsto no edital. Direito subjetivo à nomeação. Caracterização. Aplicação da força normativa do Princípio do Concurso Público, conforme decisão de mérito, pelo C. STF, em sede de repercussão geral. Tema 161. RE nº 598.099/MS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10/08/2011. Deferida a antecipação da tutela recursal, liminarmente, em caráter de urgência, expedindo-se ordem para que a apelada convoque e nomeie o impetrante para o cargo aprovado no referido concurso. Sentença reformada.
RECURSO
PROVIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA

... impetrou **mandado de**

segurança em face da omissão perpetrada pelo **Presidente da Fundação Casa**, visando a posse no cargo para o qual foi aprovado em primeiro lugar (Engenheiro Civil), em concurso com previsão de uma vaga.

Asseverou que a homologação do certame ocorreu em 07/01/2015, com vigência até 07/01/2017, e prorrogado por mais dois anos, até 07/01/2019, sem que qualquer dos aprovados fosse convocado para posse no cargo. Entende que sua colocação em primeiro lugar classificado lhe dá o direito à nomeação.

A r. sentença de fls. 375/378, declarada às fls. 393,
denegou a segurança.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2

O **impetrante apelou** (fls. 395/410) asseverando, em síntese, que dentro do prazo de validade do concurso, que foi prorrogado, não foi convocado para tomar posse do cargo, mesmo tendo sido aprovado em 1º lugar para a única vaga oferecida.

Requer a antecipação da tutela recursal, liminarmente, em caráter de urgência, expedindo ordem para que a apelada convoque e nomeie o apelante para o cargo aprovado no referido concurso, bem como a reforma da sentença para a concessão da ordem, determinando que a autoridade coatora cumpra o disposto no edital público e promova a nomeação do impetrante para o cargo de “Engenheiro Civil”.

O recurso foi respondido (fls. 420/441), oportunidade em que arguiu a prejudicial de não conhecimento do recurso de apelação por ausência de requisito extrínseco de admissibilidade ofensa ao princípio da dialeticidade recursal, pois a parte recorrente simplesmente reproduz sua peça inicial em sede de apelação, sem realizar o confronto direto al mérito da sentença.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 449/451).

É o relatório.

Afasta-se a prejudicial arguida.

A mera repetição de fundamentos da petição inicial não é fundamento suficiente para rejeitar apelação. No caso, as razões recursais permitem conhecer os motivos do inconformismo e relacionam-se com os fundamentos da sentença. Se assim é, o recurso deve ser conhecido.

Neste sentido:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL (CPC/1973). APELAÇÃO. REITERAÇÃO DE ARGUMENTOS APRESENTADOS EM CONTESTAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. IMPOSSIBILIDADE.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3

FUNDAMENTO QUE, POR SI SÓ, NÃO JUSTIFICA A NEGATIVA DE CONHECIMENTO. ARGUMENTOS REITERADOS PERTINENTES AO CASO. PRECEDENTES. AGRAVO CONHECIDO PARA, DESDE LOGO, DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. (AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.030.192 SP, j. 20.03.2017, **Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino**).

O recurso interposto pelo impetrante contém todos os requisitos necessários para seu conhecimento, previstos no artigo 1010 do Código de Processo Civil, especialmente os fundamentos pelos quais se objetiva novo julgamento, expondo as razões pelas quais se postula a reforma da r. sentença. Assim, presentes os requisitos de admissibilidade recursal, cabível a apreciação do recurso.

No mérito, **o recurso merece ser provido.**

O Colendo Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral Tema 161 julgou o mérito do RE nº 598.099/MS (Tribunal Pleno), e decidiu ***que a nomeação constitui direito subjetivo do candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do certame.***

Confira-se a ementa desse V. Acórdão:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4

*CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem da seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela deposita por todos os cidadãos. III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO. Quando de afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. **Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas***



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder

5

Judiciário. IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. *Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece a preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público. NEGADO PROVIMENTO AO*

RECURSO EXTRAORDINÁRIO” (RE nº 598.099/MS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10/08/2011 Trânsito em julgado do acórdão: 01/03/2013 negrito nosso).

No caso dos autos, seguindo a orientação do C. Supremo Tribunal Federal, observa-se que a autoridade impetrada não apresentou justificativas relevantes *as quais se enquadrem nos requisitos de superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade - consoante os termos do v acórdão proferido no RE nº 598.099/M -, hábeis a comprovar a não convocação do impetrante, porque na grande maioria das ações judiciais, dessa natureza, a alegação da Administração Pública é sempre a mesma: dificuldades orçamentárias que dificultariam a nomeação dos aprovados em concurso público.*



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Dessa forma, a aprovação em concurso público dentro do número de vagas abertas confere direito à nomeação, e, daí, a nomeação não está na esfera do juízo de conveniência e oportunidade da Administração

6

Pública, e não se pode tolerar, neste ponto, abuso em desrespeito à boa-fé nas relações jurídicas.

Encontrando-se vago o cargo posto em certame, supõe-se a necessidade do serviço correspondente pela Administração. Aliás, não houvesse necessidade, não se abriria, para o cargo, o concurso público.

Assim, houve afronta à boa-fé: primeiro, abre-se concurso público, gerando expectativa pública de contratação, e, após, sob a alegação de discricionariedade da administração e limitação orçamentária, afirma-se não mais ter necessidade do serviço correspondente ao cargo.

A falta de nomeação e posse do apelante aprovado, portanto, carece de justa motivação e revela deslealdade administrativa. Logo, de fato, houve comportamento abusivo e contrário à boa-fé que se há de exigir da Administração Pública.

Enfim, o querer discricionário da Administração Pública em sede de concursos públicos não equivale ao querer arbitrário nem se pode desbordar em abuso de direito, como se verificou no caso, em afronta aos princípios administrativos, inclusos os do art. 37 da CF, especialmente: (a) o da indispensabilidade de concurso público para preencher os cargos vagos; (b) o da falta de justa motivação na interrupção do processo de nomeação de candidatos aprovados até o número de vagas abertas e inclusas no edital; (c) o de respeito à boa-fé nas relações com a Administração; e, daí, também, (d) o da moralidade administrativa.

Não há, ainda, que se falar em ofensa ao princípio da separação dos poderes, uma vez que o Poder Judiciário não invade a esfera discricionária do Poder Executivo ao deparar-se com situação de violação de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

direito subjetivo do impetrante à nomeação à vaga disponibilizada no edital do certame, legalmente amparado: apenas impõe sua observância.

7

Não se está, pois, na esfera discricionária nem da mera faculdade da Administração Pública, mas sim de vinculação à Lei, que assegurou ao candidato aprovado em concurso público direito subjetivo à nomeação.

Logo, não há intromissão indevida do Poder Judiciário em área discricionária do Poder Executivo nem quebra da tripartição de funções estatais, pois o exercício da jurisdição ocorre, repita-se, em face de direito subjetivo violado, e, deste modo, apenas se faz cumprir a lei e a ordem constitucional, em fundamentada decisão judicial, ante a lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF).

Nesse sentido, é o entendimento desta **C. 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**, deste E. TJSP:

“APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA CONCURSO PÚBLICO. 1. Aprovação dentro do número de vagas disponibilizadas no edital - Caracterização de ato vinculado Direito subjetivo à nomeação e posse - Ao tornar pública a existência de cargos vagos e a intenção de provê-los, a Administração obriga-se a convocar os candidatos aprovados - Entendimento pacificado do Colendo Superior Tribunal de Justiça. 2. Violação ao princípio constitucional da separação dos poderes Inocorrência Atuação jurisdicional que não implica interferência na atividade administrativa, mas aplicação, in casu, das orientações já firmadas pelas Cortes Superiores acerca da matéria controvertida. Recurso provido.” (Ap. nº 9221460-62.2007.8.26.0000, **Rel^a. Des.^a Cristina Cotrofe**, 8ª Câmara de Direito Público, j. 01/02/2012).

É importante esclarecer que, no caso, não há apenas uma expectativa de direito do impetrante, e ainda, que não pode a Administração Pública, dentro dos critérios de conveniência e oportunidade, escolher ao seu alvedrio, o melhor momento para realizar a contratação.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Segundo o edital, configurou-se a necessidade de prover 1.141 vagas para diversos cargos, e no caso do impetrante, 1 cargo de

8

Engenheiro Civil (fls. 20). O concurso, portanto, buscava atender o interesse público, donde não se há de falar em discricionariedade, haja vista que o ato administrativo é sempre vinculado no que concerne à finalidade. Assim, a nomeação e posse, dentro das vagas oferecidas, não é mais mera expectativa de direito, e sim direito subjetivo dos candidatos aprovados.

A jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça tem se orientado no sentido de que o candidato aprovado em concurso público, dentro de número de vagas previstas no Edital, conta com o direito à nomeação:

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO ADQUIRIDO. 1. Aduz o recorrente a impossibilidade jurídica do pedido feito pelo recorrido, em sede de mandado de segurança, de nomeação a cargo de auxiliar operacional de saúde, em razão da inércia da Administração em promover a investidura da impetrante. 2. O Superior Tribunal de Justiça possui precedente no sentido de ser dado ao Judiciário analisar nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas. 3. Da análise dos autos, verifica-se que o Tribunal a quo decidiu que a ora recorrida tem direito adquirido à nomeação, eis que foi aprovada dentro do número de vagas previsto no edital do certame. 4. A jurisprudência desta Corte Superior tem se firmado no sentido de reconhecer que, quando a Administração Pública demonstra a necessidade de preenchimento dos cargos no número de vagas dispostas no edital de abertura do concurso, a mera expectativa de direito dos candidatos aprovados - antes condicionada à conveniência e à oportunidade da Administração (Súmula n. 15 do STF) - dá lugar ao direito líquido e certo à nomeação dos candidatos aprovados e classificados dentro do número de vagas oferecidas. 5. Ademais, ressalta-se que a necessidade de prover certo número de cargos exposta no edital torna a nomeação ato administrativo vinculado, de modo que é ilegal o ato omissivo da Administração que não assegura a nomeação de candidato aprovado e classificado até o limite de vagas previstas no edital. 6. Recurso especial não provido.” (REsp



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1232930/AM - **Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES** - Segunda Turma - J.
22/03/2011 Dje 28/04/2011)

9

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. EXPIRAÇÃO DO CERTAME. CONVERSÃO DE MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. 1. O entendimento firmado nesta Corte Superior é no sentido de que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito à nomeação, competindo à Administração Pública, de acordo com o seu critério de conveniência e oportunidade, nomear os candidatos aprovados. 2. Todavia, existem hipóteses excepcionais em que a mera expectativa de direito à nomeação convola-se em direito subjetivo, tais como: a) aprovação do candidato dentro do número de vagas previamente estabelecido no edital; b) comprovação de contratação de pessoal em caráter precário ou temporário para as mesmas funções do cargo público em disputa; c) preterição na ordem de classificação dos aprovados (Súmula nº 15 do STF); e d) abertura de novos concursos públicos enquanto ainda vigente o anterior (arts. 37, IV, da Constituição Federal e 12, § 2º, da Lei nº 8.112/1990). 3. Comprovada a aprovação no certame dentro do número de vagas constante no edital e tendo expirado o prazo de validade do concurso público, possui o candidato direito líquido e certo à nomeação. É que, para a criação do cargo público, já houve a prévia necessidade de dotação orçamentária, incidindo, pois, os princípios da lealdade, da boa-fé administrativa e da segurança jurídica, a converter a mera expectativa em direito subjetivo. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no RMS 30310 / MS Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze Quinta Turma J. 16/10/2012 - DJe 19/10/2012)

Em decorrência do princípio da vinculação do instrumento de convocação, existindo vagas, os candidatos aprovados no certame dentro do número de vagas têm o direito de ser investidos nos cargos, havendo de se dizer que a Administração, assim não agindo, afastou-se dos termos do Edital.

Não se ignore, ainda, a inegável urgência da nomeação:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

além de toda a expectativa criada ao candidato, por mais de dois anos, a negativa de exercício da atividade remunerada gera diversos impactos danosos à sua organização profissional, ao dimensionamento de seus recursos domésticos, entre outros aspectos essenciais de sua vida, sendo caso,

10

portanto, de **deferir a antecipação da tutela recursal, liminarmente, em caráter de urgência, expedindo ordem para que a apelada convoque e nomeie o apelante para o cargo aprovado no referido concurso.**

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para o fim de conceder a segurança. Defere-se a tutela recursal.

ANTONIO CELSO FARIA
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO