



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000752854

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007645-85.2016.8.26.0297, da Comarca de Jales, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é requerido GUEDES MARQUES CARDOSO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) E MOACIR PERES.

São Paulo, 16 de setembro de 2021.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA

Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Cível nº 1007645-85.2016.8.26.0297

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo \line Requerido: Guedes Marques Cardoso \line Interessado: leandro utiyama

Comarca: Jales

Voto nº 21828

AÇÃO CIVIL – Improbidade administrativa – Omissão do prefeito na nomeação de candidato aprovado em concurso público – Polêmica quanto ao caráter ilícito da conduta atribuída ao agente público, considerada a hesitação da jurisprudência, à época, quanto ao direito subjetivo do aprovado, ainda que no prazo de validade do certame, sem que se configurasse preterição – Fato que conspira contra a presença do elemento subjetivo do imputado ato ímprobo – Recurso improvido.

Vistos, etc.

Cuida-se de ação civil por improbidade administrativa movida pelo Ministério Público Estadual em face de Guedes Marques Cardoso, na qual o autor afirma que o requerido, na condição de Prefeito Municipal de Pontalinda, deixou de nomear o primeiro colocado, Leandro Utiyama, no Concurso Público nº 01/2009, destinado ao provimento do cargo de Procurador do Município, omissão que, no entender do autor, configura ato de improbidade administrativa. Narra o requerente, ainda, que o candidato aprovado moveu ação de indenização, julgada procedente para condenar a Municipalidade ao pagamento de R\$ 28.000,00, a título de reparação de danos morais, além de honorários advocatícios da ordem de R\$ 2000,00. À vista disto, sustenta o Ministério Público que o requerido praticou ato de improbidade administrativa descrito na norma do artigo 10, VIII, ou, subsidiariamente, aquele previsto na regra do artigo 11, I e V, ambos da Lei Federal nº 8.429/92, pelo que requer o julgamento de procedência da ação civil, com a condenação nas sanções previstas na regra do artigo 12 da referida Lei Federal.

O juízo de primeiro grau julgou a ação improcedente, à consideração de que, embora juridicamente incorreta a conduta do então prefeito, à luz do entendimento ora consolidado no Supremo Tribunal Federal, não se pode considerá-la ímproba, pois até pouco tempo a questão não se pacificara na jurisprudência, havendo quem sustentasse, na linha de sólido entendimento doutrinário, que a aprovação em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

concurso público gerava mera expectativa de direito (fls. 571 a 575).

Em apelação, o autor, repetindo a argumentação inicial, busca a reforma da r. sentença, com julgamento de procedência da ação (fls. 585 a 603).

O requerido apresentou contrarrazões, nas quais pugna pela manutenção da r. sentença (fls. 609 a 621). A Douta Procuradoria de Justiça, no parecer de fls. 631 a 634, opina pelo provimento do recurso.

A E. Turma Especial de Direito Público conheceu do conflito suscitado pela E. 11ª Câmara de Direito Público para declarar a competência desta E. 7ª Câmara, não obstante a causa de pedir remota fosse a suposta omissão da Municipalidade, durante o prazo de validade do concurso, na nomeação do primeiro colocado, questão cujo deslinde coube à E. 11ª Câmara de Direito Público (fls. 650 a 657).

É o relatório.

A imperatividade da nomeação de candidato aprovado em concurso público era, à época dos fatos, questão polêmica, hoje já dirimida, como se retira do julgamento de repercussão geral que deu lugar à fixação do Tema 161, pelo Supremo Tribunal Federal, oportunidade na qual, por maioria, a Corte estabeleceu a seguinte tese:

"O candidato *aprovado em concurso público* dentro do número de vagas previstas no edital possui *direito subjetivo à nomeação*."

É bem de ver, todavia, que, até então, havia julgados em sentido diverso:

"MANDADO DE SEGURANÇA. *CONCURSO PÚBLICO*. A APROVAÇÃO EM SELEÇÃO DE CANDIDATOS AO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO *PÚBLICA* NÃO ASSEGURA A



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

NOMEAÇÃO, MAS GERA EXPECTATIVA DE DIREITO. PREVISÃO EXPRESSA NO EDITAL, LEI INFLEXÍVEL DO *CONCURSO*. AUSÊNCIA DE DIREITO CERTO E LÍQUIDO. ORDEM DENEGADA SEGURANÇA DENEGADA. MANDADO DE SEGURANÇA. APROVAÇÃO EM *CONCURSO*. AUSENTE PRETERIÇÃO DO APROVADO NA ORDEM CLASSIFICATÓRIA, NÃO TEM ELE DIREITO CERTO E LÍQUIDO À NOMEAÇÃO. *MERA EXPECTATIVA* DE DIREITO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 15 DO STF. ORDEM DENEGADA. O aprovado em *concurso público* para provimento de funções estatais tem direito a não ser excluído da relação daqueles aos quais assiste a expectativa de direito à nomeação, assim como a ser nomeado se essa ordem foi desatendida com a nomeação de candidato de classificação inferior. Nenhum o direito, contudo, à efetiva nomeação, se tais hipóteses não ocorrerem (TJSP, MS nº 9050326-30.2008.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. José Renato Nalini, j. 11/03/2009,

"É pacífico o entendimento na doutrina e na jurisprudência segundo o qual o candidato aprovado em concurso público detém mera expectativa de direito à nomeação pela Administração Pública, MSEO. Nº 171.374-0/0 - SAO PAULO - VOTO 17519 AP \ ARTES GRÁFICAS - TJ 41 0035 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO que não tem nenhuma obrigação de nomeá-lo dentro do prazo de validade do certame"(RMS 15.203/PE, Rei. Min. Felix Fischer, j . 19/11/2002).

Não se olvida que, no caso concreto, a omissão do prefeito se revela mesmo irregular, mormente porque a servidora, Cristiane Cardoso de Leão Pântano,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

escriurária, ocupava cargo comissionado de assessor jurídico – ao qual correspondiam precisamente as funções inerentes ao cargo de Procurador do Município, objeto do Concurso Público em questão –, havendo de se consignar que, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, que já se cristalizara, ao final do prazo de validade do certame, a administração pública tem o dever de nomear o candidato aprovado, ainda que fora do número de vagas existentes ao tempo do edital, quando demonstrado que ocorreu contratação precária (por comissão, terceirização ou temporária) para o exercício das mesmas funções que aquelas atribuídas ao cargo efetivo para provimento do qual se abriu concurso público, como se vê:

Este Supremo Tribunal Federal assentou que a ocupação precária, por comissão, terceirização, ou contratação temporária, para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual promovera o concurso público, configura desvio de finalidade, caracterizando burla à exigência constitucional do concurso público. Além disso, esse comportamento da autoridade administrativa gera para o candidato aprovado fora do número de vagas previsto em edital o direito à nomeação. (RE 709.651/BA – Rel. Min. Cármen Lúcia – j. 08.05.2013)

Ocorre o que só fato da existência de polêmica acerca do tema, que grassava inclusive nos tribunais superiores, conspira, no presente caso, contra a tese da configuração do elemento subjetivo (dolo ou culpa), necessário à tipificação do ato de improbidade administrativa.

É certo que o Ministério Público argumenta com desvio de finalidade, dizendo que o prefeito buscava, com sua omissão, favorecer servidora que faria parte do círculo de suas relações sociais. Ocorre que nenhuma prova foi produzida nesse sentido, não se desincumbindo o autor do ônus previsto na regra do artigo 371, I, do Código de Processo Civil. Neste contexto, é bem de ver que, silenciando a respeito a inicial, somente na réplica e nas razões de apelação, a alegada relação de parentesco entre o prefeito e a servidora comissionada veio à baila. Mais ainda, como já se adiantou, alegar e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

não provar é o mesmo que não alegar, já diziam os jurisconsultos romanos.

De mais a mais – como também já se disse –, diante da dúvida razoável quanto ao tratamento que se deu ao tema, ausente se mostra o elemento subjetivo, razão por que se trata de manter a r. sentença.

Nestes termos, nego provimento ao recurso.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente pré-questionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA
Relator