



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

17 de outubro de 2016

3ª Seção Cível

Mandado de Segurança - Nº 1407474-71.2016.8.12.0000 - Tribunal de Justiça de MS

Relator – Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski

Impetrante : Cleyton Luiz dos Santos Gomes

Advogada : Cristiane dos Santos Gomes

Impetrados : Secretário(a) de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul e outro

Proc. do Estado : Norton Riffel Camatte

LitisPas : Estado de Mato Grosso do Sul

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO AO CARGO ASSISTÊNCIA E PERÍCIA HABILITAÇÃO EM DIREITO – RESERVA DE VAGAS AOS COTISTAS NEGROS – PERCENTUAL LEGAL – PREVISÃO EDITALÍCIA INICIAL DE CONVOCAÇÃO DE OITO CANDIDATOS NEGROS PARA REALIZAÇÃO DAS DEMAIS ETAPAS DO CONCURSO – ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DO EDITAL DIMINUINDO A CONVOCAÇÃO PARA AS DEMAIS FASES DE APENAS CINCO CANDIDATOS NEGROS – LEGALIDADE DO APROVEITAMENTO DO CANDIDATO ANTERIORMENTE DENTRO DO NÚMERO DE CONVOCADOS – ITEM 9.1 DO EDITAL 01/2015/SAD/SEJUSP/AGEPEN – PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA LEGÍTIMA CONFIANÇA, SEGURANÇA JURÍDICA, MORALIDADE E BOA FÉ EM RELAÇÃO ÀS REGRAS EDITALÍCIAS – ART. 5º, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PRECEDENTE DO STF – LIMINAR MANTIDA – ORDEM CONCEDIDA.

Possibilidade de se manter o candidato que já estava classificado, de acordo com o primeiro edital do concurso, independentemente de republicação de edital por ocorrência de erro da Administração Pública, uma vez que não se estará violando as leis que regem a reserva de vagas aos cotistas deficientes, negros e indígenas.

Havendo a possibilidade de surgimento de novas vagas, os candidatos classificados para todas as fases do concurso, poderão vir a ser nomeados, desde que respeitado o percentual das vagas reservadas aos candidatos com deficiência, negros e índios.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 17 de outubro de 2016.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

R E L A T Ó R I O

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Cleyton Luiz dos Santos Gomes impetrou o presente Mandado de Segurança com pedido de liminar contra ato reputado ilegal praticado pelo Secretário de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul, Presidente da Comissão Organizadora do Concurso Público de Provas e Títulos – Cargo Agente Penitenciário Estadual AGEPEN, alegando que se inscreveu no Concurso Público de Provas e Títulos para Provimento do Cargo de Agente Penitenciário Estadual do Quadro de Pessoal da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário, Edital nº 1/2015/SAD/SEJUS/AGEPEN, publicado em 28/12/2015, prevendo 10 (dez) vagas para o cargo de Assistência e Perícia com habilitação em Direito, dos quais 10% (dez por cento) estavam destinadas aos candidatos negros, sendo que seriam convocados para as demais fases os 50 primeiros classificados, dentre eles os 8 primeiros negros, 2 primeiros índios e 4 primeiras pessoas com deficiência (fl. 31), destinadas as vagas restantes (36) à livre concorrência sem reserva legal.

Ocorre que, após a publicação do resultado da prova escrita objetiva, em 17/05/2016 (Edital n. 12/2016), com a lista e posição dos classificados, tendo o impetrante sido classificado na oitava colocação entre os candidatos que disputam a vaga para negros, foi publicado o Edital n. 13/2016, em 06/06/2016, retificando o Edital n. 1/2015, reduzindo o número de convocados para as demais fases do concurso, ou seja, dentre os 50 candidatos a serem convocados, para a vaga reservada para negros seriam convocados 5, ao invés de 8; 1 índio, ao invés de 2; e, 2 deficientes primeiros negros, 2 primeiros índios; 4 pessoas com deficiência, ao invés de 4; e, 42 para as vagas restantes à livre concorrência sem reserva legal, ao invés de 36.

Argumenta que, uma vez delimitadas as regras do concurso, com a publicação do edital, exaure-se a esfera discricionária do examinador, sendo vedada a alteração dos termos publicados, após a realização das provas. Admitir o contrário equivaleria a conceder à banca executora poder para implantar, livremente, novos requisitos de ingresso no serviço público, em evidente prejuízo ao candidato.

Alega que, ao diminuir o número de convocados para as demais fases do concurso, conforme previsto previamente no edital, o Poder Público agiu em nítida arbitrariedade e ilegalidade, motivando a impetração deste *mandamus*.

Por meio da decisão de fls. 220/223 foi concedida a liminar para que o impetrante realizasse a Avaliação Psicológica (segunda fase), marcada para o dia 24/07/2016, sob pena de ineficácia da prestação jurisdicional, a fim de evitar dano irreparável ao impetrante, na medida em que, acaso concedida a segurança, somente ao final, não poderia mais realiza-la.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações às fls. 236/254 argumentando que o Edital de abertura do concurso estabeleceu regra de cotas, no item 9.1, em desconformidade com as percentuais estabelecidos nas leis n. 8.112/90 e 12.990/2014, e lei estadual n. 3.594/2008. Portanto, com a correção do edital, a Administração adequou as vagas dos cotista aos limites estabelecidos nessas leis, antes de aplicar o critério de corte.

O Ministério Público de Segunda Instância manifestou-se às fls. 258/267, pela denegação da segurança.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

V O T O

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (Relator)

Constata-se do presente *writ* que o impetrante foi surpreendido com a publicação de um edital, em 06/06/2016, alterando as regras de convocação para as demais fases do concurso, conforme previsto no primeiro de abertura do concurso, publicado em 28/12/2015, bem como após a publicação do edital dos aprovados e sua classificação, ocorrida em 17/05/2016.

Contudo, embora estivesse dentro do número de candidatos a serem convocados, conforme o edital de abertura do concurso, foi dele alijado com a publicação desse novo edital, tolhendo seu direito de realização da prova de avaliação psicológica que foi realizada no dia 24/07/2016.

Requer o impetrante o julgamento procedente deste Mandado de Segurança preservando-se integralmente o cumprimento do previsto no Edital de Abertura n. 01/2015, que previa a convocação para as demais fases, de 8 candidatos negros classificados.

A liminar para que o impetrante participasse das demais fases do concurso foi concedida, ao entendimento de que não seria digno nem justo que fossem prejudicados por um simples erro matemático da Administração Pública, na confecção do seu Edital. Erro este, descoberto aproximadamente seis meses após a publicação do edital de abertura do concurso, e menos de um mês depois da publicação do resultado da prova escrita objetiva.

Contudo, observou-se na decisão de fls. 220/223, que mesmo com a participação do impetrante nas demais fases, em razão de sua classificação de acordo com as regras estabelecidas no primeiro edital do concurso, a reserva legal deveria respeitar o preenchimento das vagas, de forma que a mera convocação para as demais provas/fases não adviria prejuízo para a Administração.

Pois bem. O mandado de segurança é a garantia constitucional apropriada “*para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*” (artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal).

De igual forma, dispõe o art. 1º da Lei n. 12.016/09 que:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Sobre o conceito de direito líquido e certo, nos ensina Hely Lopes

Meirelles:

"(...) é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante (...).”¹

A doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* Curso de Direito Administrativo, 16ª edição, revista e atualizada, São Paulo, Malheiros Editores, p. 813-814:

Considera-se "líquido e certo" o direito "independentemente de sua complexidade", quando os fatos a que se deva aplicá-lo sejam demonstráveis "de plano"; é dizer, quando independam de instrução probatória, sendo comprováveis por documentação acostada quando da impetração da segurança ou, então, requisitadas pelo juiz a instâncias do impetrante, se o documento necessário estiver em poder de autoridade que recuse fornecê-lo (art. 6º, parágrafo único, da Lei 1.533). (...).

No caso vertente, o impetrante se inscreveu no Concurso Público de Provas e Títulos para Provimento do Cargo de Agente Penitenciário Estadual do Quadro de Pessoal da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário, Edital n. 1/2015/SAD/SEJUSP/AGEPEN, publicado em 28/12/2015, prevendo 10 (dez) vagas para o cargo de Assistência e Perícia com habilitação em Direito (fl. 68), dos quais 10% (dez por cento) estavam destinadas aos candidatos negros, sendo que seriam convocados para as demais fases os 50 (cinquenta) primeiros classificados, dentre eles, os 8 (oito) primeiros negros.

Contudo, seis meses depois, estando o impetrante entre esses primeiros 8 primeiros negros classificados, foi surpreendido com uma republicação do edital reduzindo esse número para somente 5 (cinco) primeiros negros classificados (fl. 159), excluindo-o da realização da prova de avaliação psicológica e provas seguintes previstas no edital.

Analisando detidamente o Edital N° 001/2015 (fls. 13/61), observa-se que há previsão de criação e abertura de novas vagas durante o prazo de validade do certame, cujo preenchimento se dará pelos candidatos aprovados em todas as fases, respeitada a ordem de classificação.

Os seguintes itens do edital (fls. 16/17 e 29/31), esclarecem:

3.6 - Aos candidatos que, no momento da inscrição, se declararem negro ou índio, será reservada a cota de 10% (dez por cento) e de 3% (três por cento), respectivamente, das vagas oferecidas neste Concurso Público de Provas e Títulos – SAD/SEJUSP/AGEPEN/2015, em observância à Lei n. 3.594, de 10 de dezembro de 2008 e a Lei n. 3.939, de 21 de julho de 2010.

3.7 - Na aplicação do percentual estabelecido nos itens 3.1 e 3.6 deverá observar o estabelecido no Decreto n. 13.141 de 31 de março de 2011.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no direito brasileiro*. 23. ed. atual. por WALD, Arnoldo, e MENDES, Gilmar Ferreira. São Paulo : Malheiros, 05-2001. p. 35-6.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

3.8 – Os candidatos com deficiência, negros ou índios participarão do Concurso Público de Provas e Títulos – SAD/SEJUSP/AGEPEN/2015 em igualdade de condições com os demais candidatos no que se refere a provas, conteúdos programáticos, critérios de avaliação e classificação, assim como à duração, ao horário e ao local de realização das provas, conforme o estabelecido em edital específico.

(...)

9.1 – Serão convocados para prosseguir para as demais fases do Concurso Público de Provas e Títulos – SAD/SEJUSP/AGEPEN/2015, os candidatos aprovados na Prova Escrita Objetiva, classificados na forma do item 8.5, incluindo os candidatos participantes dos programas de reservas de vagas que cumpriram todos os procedimentos especificados no item III deste Edital e, quando for o caso, habilitados na entrevista de verificação, por área de atuação, habilitação profissional e por sexo, conforme estabelecido nos quadros abaixo:

Área	Habilitação Profissional	Total de Convocados	Ampla Concorrência	Cotistas Negros	Cotistas Indígenas	Cotistas PCD*
Administração e Finanças	Administração	25	21	2	1	1
	Ciências Contábeis	25	21	2	1	1
	Análise de Sistemas /Ciência da Computação/Engenharia da Computação/Tecnologia em Processamento de Dados	25	21	2	1	1
	Curso de Graduação em Ensino	360	296	36	10	18



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

	Superior					
Assistên cia e Perícia	Psicolog ia	85	71	8	2	4
	Serviço Social	85	71	8	2	4
	Direito	50	36	8	2	4

- destaquei

Portanto, a solução mais justa, e que deveria ter sido adotada pela Administração, teria sido simplesmente manter a convocação dos 8 classificados, para a realização das demais fases do concurso, pois de qualquer forma não estaria violando o percentual que deve ser respeitado, na medida em que a exigência contida nas Leis 3.594/2008 e 3.939/2010, e Decreto n. 13.141/2011, é sejam respeitadas no MÍNIMO as proporções de 10% das vagas para negros, 5% para deficientes e 3% para indígenas.

Nada impede que o impetrante seja mantido no páreo, e uma vez aprovado/classificado em todas as fases do concurso, permaneça na **expectativa de direito** de ser chamado, pois somente terá direito à nomeação, se dentro da validade do concurso, sejam criadas/abertas vagas que permitam que respeitadas as porcentagens acima, eventualmente seja atingida a sua colocação, beneficiando-o.

Gize-se que a lei não diz que a cláusula "de barreira" deve respeitar tais proporções, mas sim que deve ser concedida a participação MÍNIMA naquela proporção legal, na disputa às vagas existentes, ou seja, pode ser aceita a convocação de número maior que o mínimo previsto em lei, para disputar o número de vagas.

A Lei Estadual n.º 3.594/2008, que institui o sistema de cota, assim dispõe, naquilo que aqui interessa:

*Art. 1º O Poder Público do Estado de Mato Grosso do Sul promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para negros, **reservando-lhes cota mínima** de 10% (dez por cento) das vagas oferecidas em todos os seus concursos para provimento de cargos públicos nos quadros de carreira.*

§ 1º A reserva mínima de 10% (dez por cento), de que trata a presente Lei, será disponibilizada aos negros aprovados no processo seletivo realizado em iguais condições para todos os candidatos.

§ 2º Dos editais dos concursos públicos deverá constar a previsão de reserva de 10% (dez por cento) das vagas oferecidas para negros existentes entre os candidatos aprovados.

O Decreto n.º 13.141/2011, que regulamentou a referida Lei, estabelece, em seu artigo 1º, § 2º, que:

Nos editais de concursos públicos deverá constar a previsão de reserva de 10% (dez por cento) e de 3% (três por cento) das vagas oferecidas, respectivamente, para negros e índios entre os candidatos aprovados, por cargo, função e por localidade, quando for o caso.

Resta saber se a exclusão realizada pelo Edital n. 13/2016 - SAD/SEJUSP/AGEPEN se caracteriza, de fato, pelas notas de ilegalidade ou abuso de poder.

Para Uadi Lammêgo Bulos, o ato comissivo ou omissivo será ilegal quando *"inexistir balizamento legal para sua consecução, contrariar lei expressa,*



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

regulamento, ou princípios constitucionais positivos, v.g., os enunciados do art. 37, da Carta de 1988, houver usurpação ou invasão de funções, ocorrer vícios de competência, de forma, objeto, motivo, finalidade, desconformidade com a norma legal ou conformidade com a norma ilegal ou infraconstitucional" (Mandado de Segurança Individual e Coletivo. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 246 a 248).

Com essas considerações, verifica-se, tal como já se verificou de forma perfunctória por ocasião da concessão da liminar, que o Edital n. 13/2016, ao excluir do certame os candidatos anteriormente considerados classificados, por erro da própria Administração, não obstante alegue ser possível a correção material, deixou de observar princípios constitucionais que se aplicam diretamente ao caso concreto e que se colocam acima das regras editalícias, conforme o Supremo Tribunal Federal já reconheceu em situação congênere.

O caso alinha-se com uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança n. 28.594/DF, cuja causa de pedir se assemelhava à presente.

Naqueles autos, a Suprema Corte entendeu, em síntese, que, uma vez publicado o edital de convocação dos candidatos à segunda etapa do concurso e frente à superveniente elevação da nota de corte, é possível a consideração da primeira nota de corte e da respectiva lista de aprovados, com o acréscimo dos candidatos beneficiados pela revisão do gabarito.

Com efeito, em tal julgado, a Suprema Corte entendeu que os candidatos arrolados em lista de convocação para a segunda etapa do certame não poderiam ser desapossados dessa situação jurídica vantajosa, **em razão de erro da Administração**.

Segundo aquela Corte, não haveria como "*sobrepôr uma regra editalícia [nota de corte] à própria Constituição, da qual se extrai o princípio da proteção da confiança legítima, inerente à segurança jurídica (art. 5º, caput, CRFB), e o princípio da moralidade (art. 37, caput, CRFB)*".

Vale transcrever a ementa do referido precedente:

NULIDADE - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO. Consoante dispõe o artigo 249 do Código de Processo Civil, presente a utilidade dos pronunciamentos judiciais, cabe afastar a declaração de nulidade se for possível decidir sobre o mérito a favor da parte a quem aproveitaria. NULIDADE – ARTIGO 249 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO. O Colegiado pode considerar a disciplina própria à nulidade, prevista no referido preceito, partindo para a concepção primeira da procedência ou improcedência do que pleiteado quanto ao mérito. CONCURSO PÚBLICO - NOTA DE CORTE - ELEVAÇÃO. Fica longe de implicar ilegalidade a elevação da nota de corte, visando a passagem para outra fase do concurso, quando, observada a primitiva, resta grande número de vagas, concorrendo os candidatos em igualdade de condições. Óptica robustecida pelo aproveitamento imediato daqueles situados no patamar inicialmente formalizado, não sendo viável sequer a alegação de prejuízo indireto ante o critério de classificação. EXPECTATIVA DE DIREITO - PROTEÇÃO - AUSÊNCIA. A ordem jurídica não protege simples expectativa de direito no que poderiam evocá-lo futuros candidatos a preencherem cargos em novo concurso Público



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

(STF, MS n. 28594/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Rel. p/ acórdão Ministro Marco Aurélio, J. 06/10/2012, DJe de 19/10/2012)

Do corpo do acórdão, cabe ainda transcrever os seguintes trechos do voto vista proferido pelo Ministro Luiz Fux, que aderiu à divergência inaugurada pelo Ministro Marco Aurélio:

A vexata quaestio consiste em definir se há nulidade no ato administrativo da Comissão do Concurso que permitiu a progressão dos impetrantes à segunda fase do certame. Nada obstante, também deve o Tribunal avaliar se há vício no ato administrativo do CNJ que excluiu os candidatos do certame, em virtude da ausência de contraditório.

Se é certo que o Concurso Público é regido pelo princípio da vinculação ao edital, não é menos verdade que diversos outros princípios pautam a atuação da Administração Pública nesta espécie de procedimento administrativo.

É que a Administração, como qualquer componente estatal, anseia por legitimidade. Essa legitimidade decorre, dentre outros fatores, do respeito pelos direitos e interesses juridicamente relevantes dos cidadãos. Com efeito, o ato administrativo é o momento de comunicação entre Administração e administrados, uma ponte de contato entre aqueles que legitimam e aquele que precisa ser legitimado, para que a formação e manifestação da vontade administrativa se realizem com o respeito e a colaboração dos particulares. [...].

[...]

*O primeiro fato a ser considerado é que a anulação das questões (fator que permitiu a modificação do rol de aprovados na primeira fase) **resultou de erro da própria Administração Pública**. Noutras palavras, a falha primordial partiu do Estado, não dos administrados, **de modo que o ato que determinou que os ora impetrantes fossem excluídos do concurso vai de encontro ao princípio segundo o qual ninguém pode se valer da própria torpeza (nemo auditur propriam turpitudinem allegans)**.*

*Algumas vozes poderiam se levantar argumentando que o "poder" de autotutela administrativa permitiria a declaração da nulidade do ato de ofício, em virtude da contrariedade ao edital. Pondere-se, todavia, que, nas palavras de Agustín Gordillo, "el acto nulo no puede ser revocado cuando de él han nacido derechos subjetivos que se estén cumpliendo" (em tradução livre: "o ato nulo não pode ser extinto quando dele tenham nascido direitos subjetivos que estejam sendo cumpridos". Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 3. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. XI-25). A par das divergências doutrinárias, entendo que a Administração Pública é obrigada a proceder à sanatória do ato **quando não houver lesão à legítima expectativa de terceiros de boa-fé**.*

[...]

*A indagação correta, portanto, é: **a admissão dos impetrantes à segunda fase do certame violou algum interesse protegido juridicamente? A resposta é desenganadamente negativa.***

O alargamento do rol de candidatos aprovados obedeceu a critérios objetivos e impessoais - todos aqueles que seriam aprovados sem a anulação das questões foram mantidos no Concurso, bem como aqueles outros



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

que só poderiam prosseguir no certame se valendo dos pontos decorrentes da anulação. Não houve prejuízo a ensejar a nulidade, pelo que é claramente aplicável o princípio pas de nullité sans grief.

Nem se alegue que o aumento do número de aprovados pode ter servido como parte de estratégia fraudulenta, já que sequer há indícios de que isto tenha ocorrido. Seria absolutamente iníquo fulminar as expectativas legítimas dos impetrantes em razão de uma mera suposição.

A bem de ver, a decisão da Comissão do Concurso serve à promoção dos valores fundamentais da República brasileira, fundada na meritocracia. O acesso aos cargos públicos deve ser feito por aqueles que mais demonstrem méritos para servir à coletividade. In casu, os impetrantes comprovaram, por qualidade própria, que têm a capacidade necessária para assumir o cargo que pretendem.

Ora, se inexistente prejuízo a terceiros, se o ato beneficia a Administração, pois alargou as chances de selecionar candidatos qualificados, e se há a expectativa legítima dos impetrantes a ser protegida, é indefensável a declaração de nulidade do ato administrativo.

[...]

*À Comissão do Concurso, norteadas pelo princípio da razoabilidade, somente caberia tomar a decisão que efetivamente tomou: **manter a nota de corte anterior e a precoce lista de aprovados, acrescentando os beneficiados pelo resultado do julgamento dos recursos.** Qualquer outra decisão importaria em prejuízo à legítima expectativa dos candidatos que constavam da primeira lista de aprovados.*

É preciso ter em conta que o modelo da chamada "nota de corte" visa principalmente à facilitação da correção das provas por parte da banca examinadora. A sua mitigação pontual não gera prejuízos aos participantes do concurso. Ao revés, amplia a competitividade. Na perspectiva do interesse da Administração Pública, traduzido na possibilidade de seleção dos candidatos mais capacitados para o provimento de cargos em disputa, a solução adotada pela comissão não causou nenhum gravame a quem quer que seja.

No ensinamento de Lúcia Valle Figueiredo, nesse tipo de caso, o único "valor a proteger seria o cumprimento da ordem jurídica. Mas, por outro lado, encontram-se outros valores, também albergados no ordenamento, merecedores de igual proteção, como a boa-fé, a certeza jurídica, a segurança das relações estabelecidas. Em casos tais - ausência de dano bem como a necessidade de proteção de outros valores -, a Administração não deve anular seu ato viciado, pois o sistema repeliria tal proceder" (Curso de Direito Administrativo. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 257).

O ato do Conselho Nacional de Justiça, que considerou inválida a admissão dos candidatos "excedentes", pretende sobrepor uma regra editalícia à própria Constituição, da qual se extrai o princípio da proteção da confiança legítima, inerente à segurança jurídica (art. 5º, caput, CRFB), e o princípio da moralidade (art. 37, caput, CRFB), que determina que a Administração deve sempre proceder de boa-fé.

[...]

Além disso, não se pode negar que também haveria afronta ao edital



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

caso a Comissão do Concurso apenas houvesse autorizado a continuidade no certame dos 500 (quinhentos) melhores colocados na primeira fase após as anulações de questões. É que a norma editalícia previa que a prova objetiva seria composta por "cem questões de múltipla escolha", quando, na verdade, só foram consideradas 97 (noventa e sete) questões válidas, fruto de erro na elaboração do exame (grifei) (MS n. 28594/DF, rel. Ministra Cármen Lúcia, rel. p/ acórdão Ministro Marco Aurélio, DJe de 18-10-2012).

Dessa forma, só resta concluir que a exclusão do impetrante do concurso público por força de ato proveniente de procedimento administrativo no qual não teve oportunidade de exercer o contraditório, em que foi reconhecido o erro da própria Administração após ter sido convocado para a segunda etapa, foi de encontro ao princípio da confiança legítima, inerente à segurança jurídica, bem como ao princípio da moralidade, que impõe o proceder de boa-fé.

Vale repetir. Quanto à legalidade do aproveitamento, conforme a tese adotada na Suprema Corte, "qualquer outra decisão importaria em prejuízo à legítima expectativa dos candidatos que constavam da primeira lista de aprovados. - destaquei

Por fim, destaque-se que o referido Mandado de Segurança n. 28.594/DF, trata de questão jurídica idêntica a da presente impetração, ainda que a sequência dos fatos ocorridos no concurso para ingresso na carreira da magistratura mineira, discutida naqueles autos, não seja exatamente a mesma dos fatos ocorridos no concurso em questão. Diferem apenas porque o ato coator, que excluiu os candidatos, no caso mineiro, partiu do Conselho Nacional de Justiça, após o aproveitamento realizado pela Comissão Examinadora do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, enquanto no presente caso a exclusão se deu por ato da Comissão Organizadora (fls. 13 e 159). Essa diferença factual, todavia, não impede a aplicação do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que as questões de direito, à toda evidência, se identificam.

Uma vez ocorrido o erro da Administração, e criada a expectativa no candidato para a convocação para as demais fases, se afigura a solução mais justa ao caso, na medida em que o edital é a lei que rege o concurso.

Ademais, frise-se que a solução ora dada não violará a necessidade de obediência às legislações concernentes às cotas reservadas aos deficientes, negros e índios, na medida em que a chamada para a posse deverá respeitar a proporção, conforme as vagas que forem criadas/abertas durante o prazo de validade do concurso. Tal premissa não pode ser afastada da solução adotada, obviamente.

Diante de todo o exposto, verificada a liquidez e a certeza do direito alegado na inicial e verificado que o ato coator foi expedido em contrariedade a princípios constitucionais que incidem diretamente no caso concreto, deve-se conceder a ordem, confirmando-se a liminar anteriormente deferida.

Ante o exposto, contra o parecer, **CONCEDO A SEGURANÇA**, preservando o cumprimento do previsto no Edital de Abertura, para reconhecer ao impetrante o direito de participar das demais etapas do concurso aberto, conforme o Edital n. 1/2015, considerando-o aprovado e classificado, podendo participar de futuras nomeações, mera expectativa de direito que detém, a depender da criação/abertura de novas vagas, dentro do prazo de validade do concurso, e respeitando-se as demais



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

proporções previstas (vagas de deficientes e índios).

Sem custas, em razão da isenção prevista no art. 24, inc. I, do Regimento de Custas (Lei Estadual n. 3.779/2009)².

Sem honorários, conforme art. 25, da Lei n. 12.016/2009³ e nos moldes dos enunciados de Súmula 512, do STF⁴, e 105, do STJ⁵.

D E C I S Ã O

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges
Relator, o Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Vilson Bertelli, Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 17 de outubro de 2016.

kat

² Art. 24. São isentos do recolhimento da taxa judiciária: I - a União, os Estados, os Municípios e respectivas autarquias e fundações;

³ Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

⁴ Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.

⁵ Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios.