

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.128.407 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
RECTE.(S) : 
ADV.(A/S) : GIOVANNI FRASNELLI GIANOTTO
RECDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

DECISÃO: Trata-se de agravo cujo objeto é a decisão que não admitiu recurso extraordinário em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (eDOC 4, p. 48):

“CONCURSO PÚBLICO. Aprovação do autor dentro do número de vagas descritas no edital. Caracterização. Pretensão de ser nomeado antes do término de validade do concurso público. Dentro do prazo de validade do certame, a Administração Pública Municipal tem discricionariedade de escolher o melhor momento para nomeação dos candidatos aprovados. Violação ao direito subjetivo à nomeação. Inocorrência. Precedentes deste E. TJSP. APELAÇÃO DESPROVIDA”.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (eDOC 4, p. 123).

No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, “a” e “c”, do permissivo constitucional, aponta-se ofensa ao art. 37, *caput*, e II e V, da Constituição Federal.

Nas razões recursais, sustenta-se, em suma, o seguinte (eDOC 4, p. 78-79):

“(…) O recorrente juntou provas incontestáveis da preterição por dezenas de servidores comissionados, desde a homologação do concurso, o que demonstra que já deveria ter sido nomeado, não fosse pelo completo desrespeito ao certame público e pela indevida alocação de comissionados a funções não permitidas pela Constituição.

(..) A investidura em cargos efetivos e técnicos, como o de Auditor Municipal de Controle Interno, somente pode ser realizada por meio de concurso. Por outro lado, os cargos em comissão destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

A discricionariedade não pode ser absoluta, neste caso, muito menos invocada para remendar situação extremamente lesiva, como fez o Tribunal de origem. Aliás, no caso dos autos, a discricionariedade deve ser reduzida a zero, pois a Recorrida utilizou-a de forma complementemente arbitrária.

Não é possível que se admita abertura de certame, que gera grandes expectativas aos que dele participam, para em seguida a administração pública nomear pessoas estranhas, para as funções que justamente foram alvo do concurso”.

A Presidência do TJSP inadmitiu o recurso com base na Súmula 279 do STF.

Com efeito, determinei a remessa dos autos ao Tribunal de origem para adequação ao disposto no art. 1.036 do Código de Processo (eDOC 6), por concluir que a matéria do recurso possui pertinência temática com a do recurso-paradigma (RE 598.099-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tema 161).

Remetidos os autos à origem (eDOC 7), a Presidência do TJ/SP, com esteio no referido Tema 161, enviou os autos à Turma Julgadora para realização de juízo de retratação (eDOC 8, p. 1-2).

No entanto, *a Corte a quo* manteve o acórdão proferido anteriormente (eDOC 8, p. 16), em aresto assim ementado (eDOC 8, p. 4):

“APELAÇÃO - Manifestação sobre eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção do v. acórdão proferido por esta Colenda 8ª Câmara de Direito Público, observada a r. decisão proferida no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.128.407/SP, Relator Ministro Edson Fachin do Col. Supremo Tribunal Federal, e Considerando o julgamento do mérito do RE nº 598.099/MS, Tema nº 161, STF, DJe de 03/10/2011 Retratação Inocorrência. Ausência de contrariedade às orientações do Tribunal Superior. Acórdão mantido”.

Daí a realização de um novo juízo de admissibilidade, ao qual foi negado seguimento ao apelo extremo (eDOC 8, p. 21).

Após a interposição de embargos de declaração (eDOC 8, p. 23-26) e de agravo interno (eDOC 8, p. 42-58), a parte Recorrente interpôs agravo com recurso extraordinário (eDOC 8, p. 60-78) e os autos foram enviados a esta Suprema Corte (eDOC 8, p. 112) e a mim conclusos em 10.06.2019.

É o relatório. Decido.

O recurso merece prosperar.

Com efeito, do voto condutor do acórdão proferido em sede de apelação, extraio os seguintes fragmentos (eDOC 4, p. 53-58):

“Havendo previsão no edital de número específico de vagas, há efetiva vinculação da Administração Pública ao cumprimento de seus termos, de modo que referidas vagas devem obrigatoriamente ser preenchidas pelos candidatos aprovados no certame.

Neste sentido, 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 (...).

Note-se que há, ainda, exceções legais a nomeação, como as situações previstas na lei de responsabilidade fiscal, quando houver excesso de despesas com pessoal, além do autorizado em lei.

No caso em tela, todavia, com a prorrogação da validade do concurso público, a Administração ainda tem discricionariedade, para nomear os candidatos aprovados, de acordo com os critérios de oportunidade e conveniência, porque o edital do concurso dispôs:

‘(...)

17.6. o prazo de validade deste Concurso será de 2 (dois) anos, contado da data da homologação do Concurso, prorrogável por uma única vez por igual período, a critério da

Administração’.

Tendo-se em vista que a homologação do concurso ocorreu em 04/05/2016 e rerratificado em 05/05/2016, verifica-se que ainda não transcorreu o prazo de validade, delimitado no edital.

Na hipótese vertente, o autor foi aprovado na 51ª posição, entretanto, não foi preterido na nomeação pois, ainda que os servidores comissionados realizem funções/atribuições inerentes aos cargo para o qual o autor fora aprovado, não há que se falar em imediato direito subjetivo à posse, vez que o concurso encontra-se durante o prazo de validade. Por tais motivos, em razão da prorrogação do prazo de validade do concurso público, não há o pretendido direito à nomeação.

(....)

Restando improvido o recurso de apelação, de rigor a fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais em sede recursal, conforme o disposto no artigo 85, §§ 1º, 2º e 11, do CPC/2015, acrescendo-se em 2% (dois por cento) ao valor dos honorários advocatícios devidos pelo apelante, tendo-se em vista a natureza da causa, grau de complexidade da demanda e o tempo despendido para o deslinde da controvérsia em grau recursal, remunerando condignamente o trabalho do patrono da apelada, suspensos pelo deferimento da gratuidade.

Ante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO”.

No caso concreto, segundo se extrai do acórdão recorrido, o candidato foi aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do certame, obtendo a 51ª colocação no Concurso Público para o cargo de Auditor Municipal de Controle Interno, mas não nomeado por entender o Tribunal de origem que o concurso público em questão ainda está no prazo de validade, diante de sua prorrogação. Além disso, concluiu a Corte *a quo* que não houve, no caso dos autos, preterição do candidato aprovado no concurso público.

Ressalte-se que a jurisprudência desta Corte, sedimentada no julgamento do RE 598.099, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 3.10.2011, sob a

sistemática da repercussão geral (Tema 161), fixou entendimento segundo o qual o momento da concretização das nomeações está dentro da esfera de conveniência e oportunidade do administrador público. Eis o teor de referida ementa:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. 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(...).

Não obstante tal entendimento, no caso concreto, conforme se observa da leitura do voto condutor do aresto impugnado, a Administração Pública apesar de concordar que *"a aprovação do demandante dentro do número de vagas previstas no edital efetivamente confere direito subjetivo de nomeação e posse ao recorrente"* (eDOC 4, p. 51-52), considera que o candidato *"não foi preterido na nomeação pois, ainda que os servidores comissionados realizem funções/atribuições inerentes aos cargo para o qual o autor fora aprovado, não há que se falar em imediato direito subjetivo à posse, vez que o concurso encontra-se durante o prazo de validade. Por tais motivos, em razão da prorrogação do prazo de validade do concurso público, não há o pretendido direito à nomeação"* (eDOC 4, p. 56).

Registre-se que, considerado tal contexto delineado pela instância de origem, afasta-se, no caso, a incidência da Súmula 279 do STF, óbice apontado no despacho de inadmissibilidade do apelo extremo, porquanto

não há necessidade de reexame de matéria fática, já que confirmado pelo próprio Tribunal que o concurso público está no prazo de validade, o Recorrente foi aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do Concurso Público para Auditor Municipal de Controle Interno e que os servidores comissionados realizam atribuições inerentes ao cargo para o qual o Recorrente fora aprovado.

Assim, apesar de o Supremo Tribunal Federal, em referido julgado, reconhecer que tem a Administração Pública discricionariedade quanto à nomeação de candidatos aprovados dentro do número de vagas, a recusa em proceder a tais nomeações ocorreu apenas porque o concurso se encontra no prazo de validade, após prorrogação.

Acontece que a Administração Pública procedeu à contratação de comissionados que realizam *“funções/atribuições inerentes aos cargo para o qual o autor fora aprovado (eDOC 4, p. 56).*

Desse modo, segundo se extrai do acórdão recorrido, a situação de ocupação precária por comissionados para as mesmas atribuições do cargo para o qual foi promovido o concurso público que se encontra em plena vigência, representa burla à exigência do concurso público por violação ao art. 37, II e V, da CF e preterição de candidato habilitado e aprovado dentro do número de vagas disponibilizado em referido certame, o que lhe assegura a nomeação. Confirmam-se, a respeito, os seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO
CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO
PÚBLICO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.
CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXISTÊNCIA DE
CANDIDATOS DEVIDAMENTE APROVADOS E

HABILITADOS EM CERTAME VIGENTE. PRECEDENTES.
AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. 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 ato administrativo
eivado de desvio de finalidade, caracterizando verdadeira burla
à exigência constitucional do artigo 37, II, da Constituição
Federal. Precedente: AI 776.070-AgR, Relator Ministro Gilmar

Mendes, Dje 22/03/2011. 2. *In casu*, o acórdão originariamente recorrido assentou: 'MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXISTÊNCIA DE CANDIDATOS DEVIDAMENTE APROVADOS E HABILITADOS EM CERTAME VIGENTE. BURLA À EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DO ART. 37, II, DA CF/88. CARACTERIZAÇÃO. DEFERIMENTO DA ORDEM QUE SE IMPÕE. I- A aprovação em concurso público, fora da quantidade de vagas, não gera direito à nomeação, mas apenas expectativa de direito. II- Essa expectativa, no entanto, convola-se em direito subjetivo, a partir do momento em que, dentro do prazo de validade do concurso, há contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição àqueles que, aprovados em concurso ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. Precedentes do STJ (RMS nº 29.973/MA, Quinta Turma. Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIS FILHO. DJE 22/11/2010). III- A realização de processo seletivo simplificado, no caso ora apresentado, representou manifesta afronta à Lei Estadual nº 6.915/97, a qual regula a contratação temporária de professores no âmbito do Estado do Maranhão, especificamente do inciso VII do seu art. 2º. IV- Com efeito, a disposição acima referida é clara no sentido de que somente haverá necessidade temporária de excepcional interesse público na admissão precária de professores na Rede Estadual de Ensino acaso não existam candidatos aprovados em concurso público e devidamente habilitados. V- A atividade de docência é permanente e não temporária. Ou seja, não se poderia admitir que se façam contratações temporárias para atividades permanente, mormente quando há concurso público em plena vigência, como no caso em apreço. Essa contratação precária, friso uma vez mais, é uma burla à exigência constitucional talhada no art. 37, II, da CF/88. VI- Segurança concedida.' 3. Agravo regimental não provido" (ARE 649.046-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 13.09.2012).

"Agravo regimental em agravo de instrumento. 2.

Existência de candidatos aprovados em concurso público. 3. Contratação de temporários. 3. Preterição. Precedentes do STF. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI 776.070AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 22.03.2011).

“(…) II- o STF possui orientação no sentido de que a contratação em caráter precário, para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual foi promovido concurso público, implica em preterição de candidato habilitado, quando ainda subsiste a plena vigência do referido concurso, o que viola o direito do concorrente aprovado à respectiva nomeação. Precedentes. III - Agravo regimental improvido (AI 788.628 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 08.11.2012).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. 1. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS: DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. 2. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRETERIÇÃO DE CANDIDATO. BURLA AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. O candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no Edital de concurso público tem direito subjetivo à nomeação durante o prazo de validade do concurso. Tema cuja repercussão geral foi reconhecida. Precedente. 2. A contratação temporária de pessoal, no período de validade do concurso público, configura preterição do candidato aprovado e intolerável burla ao princípio do concurso público” (ARE 816.455-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 18.08.2014).

Destaco do voto condutor do precedente acima referido (AI 776.070AgR, de relatoria do Min. Gilmar Mendes):

“(…) aplica-se ao caso a jurisprudência pacífica desta Corte no sentido de que a ocupação precária, por comissão, terceirização, ou contratação temporária, de atribuições próprias do exercício de cargo efetivo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, equivalente à preterição da ordem de classificação no certame, fazendo nascer para os concursados o direito à nomeação, por imposição do artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal”.

Aponto, ainda, sobre o tema, a ADI 3602, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, Plenário, DJe 07.06.2011, cujo acórdão está assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, II E V. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. LEI 15.224/2005 DO ESTADO DE GOIÁS. INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico, tais como os cargos de Perito Médico-Psiquiátrico, Perito Médico-Clínico, Auditor de Controle Interno, Produtor Jornalístico, Repórter Fotográfico, Perito Psicológico, Enfermeiro e Motorista de Representação. Ofensa ao artigo 37, II e V da Constituição federal. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XI, XII, XIII, XVIII, XIX, XX, XXIV e XXV do art. 16-A da lei 15.224/2005 do Estado de Goiás, bem como do Anexo I da mesma lei, na parte em que cria os cargos em comissão mencionados”.

Veja-se, ainda, a Rcl. 20.732-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 13.08.2015, assim ementada:

“AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO QUE DECIDIDO POR ESTA CORTE NOS AUTOS DA ADI 4.876/DF. IMPROCEDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1.

Ao modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar 100/2007, do Estado de Minas Gerais, nos autos da ADI 4.876/MG, esta Corte determinou que *‘quanto aos cargos para os quais exista concurso em andamento ou dentro do prazo de validade, a decisão deve surtir efeitos imediatamente’ (...)*”.

No julgamento da SL 912-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 06.06.2018, o Plenário desta Corte proferiu acórdão assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR. ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO E POSSE DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFISSIONAIS PELO ESTADO. DIREITO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. SUSPENSÃO DE LIMINAR INDEFERIDA. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS OU FATOS NOVOS CAPAZES DE INFIRMAR A DECISÃO RECORRIDA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (SL 912-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe 06.06.2018).

Registre-se que, em referido precedente (SL 912-AgR), o Estado do Piauí, alegou que *“a abordagem na suspensão de liminar que se inadmitiu é posse cujo o prazo de validade não havia expirado, substituindo a análise de conveniência e oportunidade da Administração na escolha do momento oportuno para nomeação e contrária as previsões constitucionais elencadas nos arts. 2º, caput e 84, par. un., II e VI da CF/88” (...)* e que, no caso dos autos, *“o acórdão recorrido não atende a orientação firmada no RE 598.099/MS, na medida que não observou a conveniência e oportunidade da Administração, na escolha do momento da nomeação” (...)*.

Ademais, constata-se que, no caso dos autos, além de haver candidatos aprovados dentro do número de vagas do concurso público para Auditor Municipal de Controle Interno (AMCI), a Administração Pública, ao invés de proceder às nomeações e obedecer à classificação, preferiu prorrogar o prazo de validade do concurso público e continuar

com o contrato de comissionados para fazer as mesmas atribuições do cargo do certame em referência, o que contraria também a jurisprudência desta Corte. Vejam-se, a respeito, os seguintes julgados de ambas as Turmas deste Supremo Tribunal Federal:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO DOS EMBARGOS EM AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO NÃO NOMEADO. NOMEAÇÃO DE OUTROS PARA O MESMO CARGO EM CARÁTER TEMPORÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RE 474.657-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 14.03.2011).

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO DE APROVADOS PARA PROVIMENTO DE CARGO EFETIVO. RENOVAÇÃO DE CONTRATOS TEMPORÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que, comprovada a necessidade de contratação de pessoal, deve-se nomear os candidatos aprovados no certame em vigor em detrimento da renovação de contrato temporário. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI 684.518-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 29.05.2009).

Desse modo, verifica-se que o acórdão do Tribunal de origem está em confronto com a orientação fixada por esta Suprema Corte sobre o tema em análise.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do art. 932, V, “b”, do CPC e art. 21, § 2º, do RISTF, para determinar a nomeação e posse do ora Recorrente, invertendo-se os ônus sucumbenciais fixados na instância de origem (eDOC 4, p. 17 e p. 57-58).

Publique-se.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente