

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator): O recurso extraordinário merece prosperar.

Com efeito, o Plenário Virtual, ao reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada (Tema 1032), proferiu ementa, que restou assim redigida (eDOC 5):

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. UNIVERSIDADES E INSTITUTOS FEDERAIS. CANDIDATO ESTRANGEIRO. DIREITO À NOMEAÇÃO. ART. 207, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Há repercussão geral da questão constitucional referente ao direito de candidato estrangeiro à nomeação em concurso público para provimento de cargos de professor, técnico e cientista em universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais, nos termos do art. 207, § 1º, da Constituição Federal. 2. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida”

Registro, inicialmente, que o concurso público em questão, refere-se ao Edital nº 049/DDPP/2009, publicado na vigência da Lei 9.515/1997, regulamentadora do art. 207, § 1º, da CF.

Conforme já ressaltado, quando da apreciação pelo Plenário Virtual da admissibilidade da repercussão geral da matéria dos autos, a discussão em tela consiste no direito de candidato estrangeiro à nomeação em concurso público para provimento de cargos de professor, técnico e cientista em universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais, nos termos do art. 207, § 1º, da Constituição Federal.

O inciso I, do art. 37, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, assim prevê:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

Delineando o alcance desta previsão constitucional, esta Corte já assentou que o dispositivo consubstancia norma de eficácia limitada, condicionada, portanto, à existência de lei regulamentadora, como se depreende dos seguintes precedentes: RE 342.459-ED, Rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 23.06.2006; RE 602.912-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 02.12.2010 e RE 544.655-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 10.10.2008.

Entretanto, no presente caso, discute-se a possibilidade de nomeação de candidato estrangeiro em concurso realizado para o provimento de cargo de professor em instituto federal, matéria que goza de específico tratamento no § 1º do art. 207 da Carta da República, adicionado pela Emenda Constitucional nº 11/1996:

“Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão aos princípios de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. § 1º É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1996)”.

Ressalto que, um ano após a promulgação da referida emenda, foi editada a Lei nº 9.515/1997, que regulamentou o mencionado § 1º do art. 207:

“Art. 1º O art. 5º da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em virtude da permissão contida nos §§ 1º e 2º do art. 207 da Constituição Federal, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:

“Art. 5º § 3º *As universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais poderão prover seus cargos com professores, técnicos e cientistas estrangeiros, de acordo com as normas e os procedimentos desta Lei.*” Art. 2º *Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.* Art. 3º *Revogam-se as disposições em contrário.*”

O acórdão recorrido, no entanto, fundou-se no art. 207, §§ 1º e 2º, da CF, na redação da Emenda Constitucional nº 11/1996, sem levar em consideração a vigência da Lei nº 9.515/1997, aplicável à hipótese, tendo em vista que o Edital do referido certame foi publicado posteriormente à referida legislação (Edital nº 049/DDPP/2009).

Neste ponto, extraio do relatório e do voto condutor do acórdão recorrido, os seguintes fragmentos (eDOC 3, p. 46):

“Trata-se de ação ordinária ajuizada por MEHRAN MISAGHI objetivando a condenação do INSTITUTO FEDERAL CATARINENSE ao **pagamento de danos morais e materiais decorrentes de não ter sido nomeado em concurso para professor de informática no qual obteve a 1ª classificação**

(...)

Apelou o autor repisando os argumentos da petição inicial, ou seja, **defendendo o direito ao reconhecimento da vaga de professor de informática do IFC, bem como o ressarcimento moral e material pelos danos sofridos.**

Acerca da matéria, a edição da Emenda Constitucional nº. 11/1996 acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 207 da CF/88, criando a possibilidade das universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica contratarem professores, técnicos e cientistas estrangeiros. A redação do dispositivo citado é a seguinte:

(...)

Logo, o instrumento correto para verificar o interesse, ou não, da contratação de estrangeiro será o edital do próprio concurso público.

As regras editalícias, na qualidade de lei interna do certame, vinculam tanto a Administração quanto os candidatos, já que o objetivo principal do certame é propiciar a toda coletividade igualdade de condições no serviço público, sendo defeso ao candidato postular direito alusivo à quebra das regras adotadas no certame.

O STJ, inclusive, já decidiu que o edital tem força de lei entre as partes:

(...)

Na hipótese dos autos, **constou na fundamentação do Edital 049/DDPP/2009 a permissão para investidura em cargo público para candidatos estrangeiros de nacionalidade portuguesa , in verbis:**

(...)

O autor possui nacionalidade iraniana e não se enquadra entre os requisitos exigidos pelo referido edital, razão porque inexistente o direito postulado.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

É o voto”. (grifos nossos)

Por relevante, destaco a ementa do bem lançado parecer da Procuradoria-Geral da República (eDOC 12, p. 1-2):

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1032. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. CANDIDATO ESTRANGEIRO. ART. 207, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. ISONOMIA. PROVIMENTO

1. Recurso Extraordinário *leading case* do Tema 1032 da sistemática da Repercussão Geral: “Direito de candidato estrangeiro à nomeação em concurso público para provimento de cargos de professor, técnico e cientista em universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais, nos termos do art. 207, § 1º, da Constituição Federal.”

2. O art. 207, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, foi disciplinado, na esfera federal, pela Lei 9.515/1997, que modificou o art. 5º da Lei 8.112/1990, estabelecendo que as universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica poderão prover seus cargos com professores, técnicos e cientistas estrangeiros.

3. Com o advento da legislação infraconstitucional regulamentadora (Lei 9.515/1997), o art. 207, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, tem aptidão para imediata incidência e para plena produção de seus efeitos.

4. São constitucionais as restrições ao exercício profissional quando a legislação persegue fim constitucionalmente adequado, que se justifica diante de necessidades de interesse público, sem implicar mera reserva de mercado.

5. A interpretação dos preceitos constitucionais e internacionais que norteiam a tutela dos direitos essenciais da pessoa garante ao estrangeiro aprovado em concurso público para os cargos de professor, técnico ou cientista em universidades ou instituições de pesquisa, o direito, em igualdade de condições com os brasileiros, à nomeação na respectiva função pública.

6. O acesso às posições nas universidades é passível de limitação com base na nacionalidade apenas mediante justificativa expressa e prévia, calcada no interesse público e harmônica com a diversidade cultural e de pensamento que há de prevalecer no ambiente educacional.

7. Proposta de tese de repercussão geral: *O candidato estrangeiro aprovado em concurso público tem, em igualdade de condições com os brasileiros, direito à nomeação nos cargos de professor, técnico e cientista em universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais, nos termos do art. 207, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, exceto se a restrição de nacionalidade estiver expressamente prevista em edital, calcado em ato administrativo previamente fundamentado em aspecto de interesse público.*

Parecer pelo provimento do recurso e fixação da tese sugerida”.

Por certo que o ato de exclusão de estrangeiro de concurso público, fundado apenas em motivo de nacionalidade, conflita com o princípio da isonomia disposto no art. 5º, *caput*, da Carta Federal e com o art. 207, § 1º, da Constituição, redação dada pela Lei 9.515/1997.

Transcrevo, a propósito, sobre a questão relativa ao postulado da igualdade em relação a concurso público, os seguintes trechos da ementa do acórdão proferido pelo Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 1.350, de relatoria do Min. Celso de Mello, DJe 01.12.2006:

“ O CONCURSO PÚBLICO REPRESENTA GARANTIA CONCRETIZADORA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE, QUE NÃO TOLERA TRATAMENTOS DISCRIMINATÓRIOS NEM LEGITIMA A CONCESSÃO DE PRIVILÉGIOS.

(...)

– O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como paradigma de legitimação ético-jurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II).

A razão subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros. Precedentes. Doutrina.”

Vejam-se, ainda, a respeito, os seguintes julgados:

“ DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ISONOMIA. PREFERÊNCIA EM RAZÃO DO DOMICÍLIO. IMPOSSIBILIDADE. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO (...)” (RE 826.221-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 02.12.2014).

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADMINISTRATIVO. DIFERENÇA DE IDADE PARA INGRESSO NA CARREIRA DE OFICIAIS DA POLÍCIA MILITAR ENTRE

CANDIDATOS CIVIS E INTEGRANTES DO QUADRO DA PMAM. VIOLAÇÃO DA ISONOMIA ENTRE OS CANDIDATOS. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. PRECEDENTES. AGRAVO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. (...)” (ARE 1.054.768-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 06.08.2018).

Quanto ao pleito de indenização por danos morais e materiais referentes ao período retroativo, no qual o Recorrente deveria ter sido investido no cargo, registro que, no julgamento do mérito da repercussão geral reconhecida no RE 724.347-RG, Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso, DJe 13.05.2015 (Tema 671), ficou assentado o entendimento segundo o qual *“Na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante.”*

No caso concreto, está configurada a situação de flagrante arbitrariedade, o que autoriza a concessão de indenização por danos morais e materiais requeridos na petição inicial e no apelo extremo.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. SEGUNDO AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO TARDIA. INDENIZAÇÃO. NÃO CABIMENTO . 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 724.347-RG, sob a sistemática da repercussão geral (Tema 671), assentou entendimento de que na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial o servidor não faz jus à indenização sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante. (...)”
5. Agravo interno a que se nega provimento” (ARE 1.380.327-AgR-segundo, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 1º.12.2022).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DECORRENTE DE DECISÃO JUDICIAL. TEMA RG Nº 671. ALEGAÇÃO DE DANO MORAL. INDENIZAÇÃO: NÃO CABÍVEL, CONFORME DECISÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DE FATOS E PROVAS: INVIABILIDADE DE APRECIÇÃO NO CAMPO EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 279 DA SÚMULA DO STF. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do

Recurso Extraordinário nº 724.347-RG/DF, representativo do Tema RG nº 671, assentou que *“na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante”* (...) (RE 1.362.588-AgR, Rel. Min. André Mendonça, Segunda Turma, DJe 12.09.2022).

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO EM 08.03.2019. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO E NOMEAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO TEMA 671 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. IMPROCEDÊNCIA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO FLAGRANTEMENTE ARBITRÁRIO. RECONHECIMENTO PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. AUTORIZAÇÃO. ART. 21, § 1º, DO RISTF. PRECEDENTES. 1. O relator pode decidir monocraticamente pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou à Súmula desta Corte, nos termos do art. 21, § 1º, do RISTF. 2. O acórdão recorrido não divergiu da orientação firmada pelo Plenário desta Corte, no julgamento do mérito da repercussão geral reconhecida no RE 724.347-RG, Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso, DJe 13.05.2015 (Tema 671), ocasião em que ficou assentado o entendimento segundo o qual *“Na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante.”* 3. Aplicável, portanto, ao caso, a exceção constante do Tema 671 da RG, porquanto a instância de origem reconheceu que se tratava de ato administrativo flagrantemente arbitrário a nomeação tardia de aprovada em concurso público” (RE 1.183.294-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 31.08.2020).

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO (CF, ART. 37, § 6º) – SERVIDOR PÚBLICO – INVESTIDURA NO CARGO COMO DECORRÊNCIA DE PROVIMENTO JUDICIAL – PRETENDIDA REPARAÇÃO CIVIL SOB O ARGUMENTO DE QUE DEVERIA TER SIDO EMPOSSADO EM MOMENTO ANTERIOR – AUSÊNCIA DE DIREITO A INDENIZAÇÃO, EXCETO NA HIPÓTESE DE FLAGRANTE ARBITRARIEDADE – DECISÃO QUE SE AJUSTA À ORIENTAÇÃO QUE PREVALECE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RAZÃO DE JULGAMENTO FINAL, COM REPERCUSSÃO GERAL, DO RE 724.347/DF – SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, §

11) – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA – PRECEDENTE (PLENO) – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DOS LIMITES ESTABELECIDOS NO ART. 85, §§ 2º E 3º DO CPC – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO” (RE 850.860-ED-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 02.06.2020).

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso extraordinário para julgar procedentes os pedidos formulados na inicial, relativos à nomeação do Autor como professor de informática do IFC e ao direito à indenização por danos morais e materiais, estes últimos, equivalentes ao período em que deveria ter sido empossado. Ficam invertidos os ônus de sucumbência fixados na sentença (eDOC 2 p. 71).

É como voto.

PROPOSTA DE TESE - Tema 1032: *“o candidato estrangeiro tem direito líquido e certo à nomeação em concurso público para provimento de cargos de professor, técnico e cientista em universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais, nos termos do art. 207, § 1º, da Constituição Federal, salvo se a restrição da nacionalidade estiver expressa no edital do certame com o exclusivo objetivo de preservar o interesse público e desde que, sem prejuízo de controle judicial, devidamente justificada”.*

Plenário Virtual - min. Celso de Mello - 17/03/2023 - 00:00