

07/02/2012

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 777.569 GOIÁS

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
AGTE.(S) : **ESTADO DE GOIÁS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS**
AGDO.(A/S) : **ANA CLÁUDIA RORIZ**
ADV.(A/S) : **JOSÉ CARLOS ISSY E OUTRO(A/S)**

EMENTA

Agravo regimental no agravo de instrumento. Administrativo. Concurso público. Nomeação de comissionados. Preterição de candidata aprovada em concurso público. Direito à nomeação. Precedentes.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, comprovada a necessidade do serviço e a existência de vaga, sendo essa preenchida, ainda que precariamente, fica caracterizada a preterição do candidato aprovado em concurso público.

2. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 7 de fevereiro de 2012.

MINISTRO DIAS TOFFOLI
Relator

07/02/2012

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 777.569 GOIÁS

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
AGTE.(S) : **ESTADO DE GOIÁS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS**
AGDO.(A/S) : **ANA CLÁUDIA RORIZ**
ADV.(A/S) : **JOSÉ CARLOS ISSY E OUTRO(A/S)**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Estado de Goiás interpõe tempestivo agravo regimental contra decisão em que neguei provimento ao agravo de instrumento, com a seguinte fundamentação:

“Vistos.

Estado de Goiás interpõe agravo de instrumento contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário assentado em contrariedade aos artigos 2º e 37, **caput** e incisos II, IV e IX, da Constituição Federal.

Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão da Corte Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, assim ementado:

‘MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. NÃO OCORRÊNCIA. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. CONVOLAÇÃO DA EXPECTATIVA DE DIREITO EM DIREITO SUBJETIVO DA CANDIDATA. ADMISSIBILIDADE. ATO DISCRICIONÁRIO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. 1. Não se há falar em carência de ação se a impetrante demonstra a necessidade e a utilidade de socorrer-se da tutela judicial para ver assegurado um direito que entende possuir. 2. A candidata aprovada em

AI 777.569 AGR / GO

concurso público e que integra o quadro de reserva técnica possui mera expectativa de direito de ver-se nomeada, haja vista a nomeação ser ato administrativo discricionário. 3. Uma vez externadas, pela Administração, a conveniência e oportunidade do provimento de vagas surgidas no período de validade do concurso, fato consubstanciado na ampliação do número de vagas previstas no edital e subsequente nomeação de comissionados para ocupá-los, o direito de nomeação da impetrante, que antes era latente, mera expectativa, se convola em direito subjetivo. Aplicação da 'teoria dos motivos determinantes'. Precedentes. 4. Segurança concedida cedida para assegurar à impetrante o direito de nomeação ao cargo para o qual foi aprovada em concurso público, respeitada a ordem classificatória. SEGURANÇA DEFERIDA' (fls. 966/967).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Decido.

Anote-se, inicialmente, que o recurso extraordinário foi interposto contra acórdão publicado após 3/5/07, quando já era plenamente exigível a demonstração da repercussão geral da matéria constitucional objeto do recurso, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 6/9/07. Todavia, apesar da petição recursal haver trazido a preliminar sobre o tema, não é de se proceder ao exame de sua existência, uma vez que, nos termos do artigo 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a redação introduzida pela Emenda Regimental nº 21/07, primeira parte, o procedimento acerca da existência da repercussão geral somente ocorrerá '*quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão*'.

A irresignação não merece prosperar quanto à alegada afronta ao artigo 2º da Constituição Federal, uma vez que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no

AI 777.569 AGR / GO

sentido de que o julgamento pelo Poder Judiciário da legalidade dos atos dos demais Poderes não representa ofensa ao princípio da separação dos poderes. Anote-se nesse sentido:

‘CONSTITUCIONAL. SEPARAÇÃO DOS PODERES. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE ATO DO PODER EXECUTIVO PELO PODER JUDICIÁRIO. DECISÃO BASEADA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL LOCAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS EDITALÍCIAS. SÚMULAS 279, 280 E 454. AGRAVO IMPROVIDO. I - Cabe ao Poder Judiciário a análise da legalidade e constitucionalidade dos atos dos três Poderes constitucionais, e, em vislumbrando mácula no ato impugnado, afastar a sua aplicação. II - O acórdão recorrido dirimiu a questão dos autos com base na legislação infraconstitucional local aplicável à espécie. Incidência da Súmula 280 desta Corte. III - O exame de matéria de fato e a interpretação de cláusulas editalícias atrai a incidência das Súmulas 279 e 454 do STF. IV - Agravo regimental improvido’ (AI nº 640.272/DF-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJ de 31/10/07).

‘AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE DO ATO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO DO SERVIDOR NO QUADRO DA POLÍCIA MILITAR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. 1. Ato administrativo vinculado. Indeferimento do pedido de reintegração do servidor na Corporação. Ilegalidade por não terem sido observados os direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição Federal. 2. Reexame da decisão

AI 777.569 AGR / GO

administrativa pelo Poder Judiciário. Ofensa ao princípio da separação de poderes. Inexistência. A Carta Federal conferiu ao Poder Judiciário a função precípua de controlar os excessos cometidos em qualquer das esferas governamentais, quando estes incidirem em abuso de poder ou desvios inconstitucionais. Precedente. Agravo regimental não provido' (RE nº 259.335/RJ-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Maurício Corrêa**, DJ de 7/12/2000).

Por outro lado, no caso, abstraindo-se a matéria probatória, o acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, firmada no sentido de haver direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso vigente, quando comprovada a existência vaga de exercício efetivo e a necessidade de contratação constatada com a terceirização das respectivas atribuições.

Nesse sentido, entende-se que a contratação de terceiros, à título precário, para exercício de atribuições do cargo efetivo vago, configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, implicando preterição ao direito do candidato aprovado no concurso público. A propósito do tema, anote-se:

'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 nº 776.070/MA-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJ de 22/3/11).

'CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRARODINÁRIO. CF/88, ART. 37, IX. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA O MAGISTÉRIO MUNICIPAL. PRETERIÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. 1. A regra constitucional é o

AI 777.569 AGR / GO

provimento de cargo público mediante concurso. 2. Comprovada a necessidade de contratação de pessoal, os candidatos aprovados em concurso público serão nomeados em detrimento de contratações temporárias. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento' (RE nº 551.141/RJ-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJ de 24/2/11).

'1. Concurso público: terceirização da vaga: preterição de candidatos aprovados: direito à nomeação: uma vez comprovada a existência da vaga, sendo esta preenchida, ainda que precariamente, fica caracterizada a preterição do candidato aprovado em concurso. 2. Recurso extraordinário: não se presta para o reexame das provas e fatos em que se fundamentou o acórdão recorrido: incidência da Súmula 279' (AI nº 440.895/SE-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 20/10/06).

'Recurso extraordinário. Administrativo. Concurso Público. 2. Acórdão que negou provimento à apelação, assentando a inexistência de direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados em concurso para provimento de cargo de Professor Assistente. 3. Criação de dois cargos de Professor Assistente no Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, quando se encontrava em pleno curso o tempo de eficácia do concurso público. Ocorrência de contratação de professores e renovação de contrato. 4. Precedente da Turma no RE 192.569-PI, em que se assegurou a nomeação de concursados, eis que existentes vagas e necessidade de pessoal. 5. Constituição, art. 37, IV. Prequestionamento verificado. 6. Recurso extraordinário conhecido e provido' (RE nº 273.605/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Néri da Silveira**, DJ de 28/6/02).

Desse modo, na linha dos precedentes citados, para se

AI 777.569 AGR / GO

rever o entendimento firmado pelo Tribunal **a quo**, da existência de contratados a título precário, seria necessário o reexame de fatos e provas, o que não se admite na via extraordinária, consoante entendimento preconizado na Súmula nº 279 deste Supremo Tribunal Federal. Sobre o tema, anote-se:

‘Agravamento regimental no recurso extraordinário. Concurso público. Nomeação. Ofensa reflexa. Precedentes. 1. No caso dos autos, para divergir do entendimento firmado pelo tribunal de origem de que houve preterição do candidato aprovado em concurso público, haja vista o preenchimento precário da vaga, seria necessário o exame da legislação infraconstitucional pertinente, o que é inadmissível em recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 636. 2. Agravamento regimental não provido’ (RE nº 395.757/BA-AgR, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 29/3/11).

No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: AI nº 454.882/SC, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 29/3/07; RE nº 579.081/SC, Relatora a Ministra **Cármen Lúcia**, DJe de 30/4/08; AI nº 820.065/GO, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJe de 3/8/11.

Por todo o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Publique-se.”

Sustenta o agravante, **in verbis**, que:

“Com a devida vênia, não se pretende o reexame das provas trazidas as autos, mas tão somente a análise do direito que restou aplicado do cotejamento das mesmas, haja vista que o próprio Tribunal **a quo** reconheceu que o fato de o Estado ter contratado comissionados acabou por preterir o direito de nomeação dos agravados.”

AI 777.569 AGR / GO

É o relatório.

07/02/2012

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 777.569 GOIÁS

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Não merece prosperar o inconformismo.

Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado pela ora agravada, aprovada em concurso público para provimento no cargo de Gestor Jurídico, mediante o qual pleiteia sua nomeação, uma vez que o Estado de Goiás teria preenchido com comissionados os referidos cargos, em detrimento da impetrante.

A Corte de origem, por sua vez, assim se pronunciou acerca da pretensão da impetrante, ora agravada:

“De tal arte, ante o provimento dos cargos objeto do concurso público por servidores comissionados quando ainda não se havia expirado o prazo de validade do aludido certame, tenho por incontornável a hipótese de aquela expectativa de nomeação da impetrante convolou-se em direito subjetivo de ingressar na carreira pública.

(...)

Em consonância, pois, com os motivos expostos em linhas volvidas, tenho que, ante a demonstração dos fatos narrados na inicial, o direito de ver-se nomeada integrou-se ao patrimônio jurídico da impetrante e, nesses termos, tomou-se um direito líquido e certo, por conseguinte, assegurável pela via do remédio heroico. Por óbvio, como ressaltado pelo órgão Ministerial, a nomeação há de seguir a ordem classificatória do certame.”

Como visto, o Tribunal de origem concluiu que teria havido preterição na nomeação da ora agravada, uma vez que os comissionados foram nomeados para exercer atribuições que exerceriam os candidatos aprovados no referido concurso público caso tivessem sido nomeados pela Administração.

AI 777.569 AGR / GO

É certo que, para dissentir desse entendimento, seria necessário reexaminar o conjunto fático-probatório da causa, o que não é possível, haja vista o óbice da Súmula nº 279/STF.

Ademais, o acórdão atacado não divergiu da jurisprudência desta Corte no sentido de que, comprovada a necessidade do serviço e a existência de vaga, sendo essa preenchida, ainda que precariamente, fica caracterizada a preterição do candidato aprovado em concurso público. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

“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 nº 474.657/RN-ED, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 14/3/11).

“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 nº 684.518/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJe de 29/5/09).

“Concurso público: terceirização da vaga: preterição de candidatos aprovados: direito à nomeação. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que há típica evidência de um desvio de

AI 777.569 AGR / GO

poder quando, uma vez comprovada a existência da vaga, esta é preenchida, ainda que precariamente, caracterizando a preterição do candidato aprovado em concurso. Precedentes. 2. Recurso extraordinário: não se presta para o reexame das provas e fatos em que se fundamentou o acórdão recorrido: incidência da Súmula 279" (AI nº 594.955/BA-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 3/8/07).

Ademais, o fato de a agravada figurar em cadastro de reserva não afasta o direito à nomeação, haja vista que, ainda que fora das vagas inicialmente previstas no edital, a agravada logrou aprovação, consoante se depreende do acórdão recorrido, podendo vir a ocupar vaga surgida ao longo do prazo de validade do certame.

Por fim, é certo que à Administração não é vedada a nomeação de servidores em comissão, contudo, esse modo de provimento somente deve se dar para ocupação daqueles cargos previstos em lei como de livre nomeação e exoneração, e desde que obedecidos os princípios que regem a atuação da Administração Pública.

Nego provimento ao agravo regimental.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 777.569

PROCED. : GOIÁS

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

AGTE.(S) : ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

AGDO.(A/S) : ANA CLÁUDIA RORIZ

ADV.(A/S) : JOSÉ CARLOS ISSY E OUTRO(A/S)

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 7.2.2012.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Coordenadora