

06/12/2011

PRIMEIRA TURMA

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 646.080 GOIÁS**

**RELATOR** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**AGTE.(S)** : **ESTADO DE GOIÁS**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS**  
**AGDO.(A/S)** : **FERNANDA NOBRE FERNANDES**  
**ADV.(A/S)** : **MAIKEL ELIAS MOUCHAILEH**

### **EMENTA**

**Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 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 esta 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 da Sra. Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário com agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 6 de dezembro de 2011.

**MINISTRO DIAS TOFFOLI**

Relator

06/12/2011

PRIMEIRA TURMA

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 646.080 GOIÁS**

**RELATOR** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**AGTE.(S)** : **ESTADO DE GOIÁS**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS**  
**AGDO.(A/S)** : **FERNANDA NOBRE FERNANDES**  
**ADV.(A/S)** : **MAIKEL ELIAS MOUCHAILEH**

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Estado de Goiás interpõe tempestivo agravo regimental contra decisão em que se conheceu de agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário (fls. 399 a 402), com a seguinte fundamentação:

“Vistos.

Trata-se de agravo contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão da Corte Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, assim ementado:

‘MANDADO DE SEGURANÇA. OMISSÃO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE ANALISTA DE GESTÃO ADMINISTRATIVA, ÁREA DE ATUAÇÃO GERAL, DA AGANP. NOMEAÇÃO PRETERIDA DA APROVADA EM CADASTRO DE RESERVA EM FACE DOS COMISSIONADOS. Restando evidenciada que a impetrante, aprovada em concurso público, mesmo em cadastro de reserva, está sendo preterida em seu direito de nomeação ao cargo em que obteve aprovação por causa da contratação de comissionados que exercem idênticas atribuições, deve-se reconhecer o direito líquido e certo da impetrante, garantindo-se-lhe a nomeação e a posse no aludido cargo, respeitada a ordem de classificação. Ordem concedida’ (fls. 267).

**ARE 646.080 AGR / GO**

Opostos embargos declaratórios (fls. 280 a 285), foram rejeitados (fls. 292 a 299).

No recurso extraordinário sustenta-se violação dos artigos 2º, 5º inciso, XXXV, e 37, **caput** e incisos II, IV e IX, da Constituição Federal.

Decido.

No caso, o Tribunal de origem, diante do conjunto probatório trazido aos autos, considerando concurso público em plena validade e a existência de vagas relacionadas a este certame, reconheceu que foi preterido o direito de nomeação da aprovada ora agravada, sendo certo que, ultrapassar o entendimento que a concretizou na instância ordinária, demandaria reexame de fatos e provas, atraindo para o caso o óbice da Súmula nº 279 desta Suprema Corte.

Com efeito, entende-se que a ocupação precária, por comissão ou terceirização, 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 a 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.

Nesse sentido, proferiram-se as seguintes decisões monocráticas: AI nº 454.882/SC, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 29/3/07, e RE nº 579.081/SC, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 30/4/08. Confirmam-se também:

‘AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. TERCEIRIZAÇÃO DE VAGA. PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS. DIREITO À NOMEAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Uma vez comprovada a existência da vaga, sendo esta preenchida, ainda que precariamente, fica caracterizada a preterição do

**ARE 646.080 AGR / GO**

candidato aprovado em concurso. 2. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento' (AI nº 777.644/GO-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJ de 13/05/10).

'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 21/03/11).

'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.

**ARE 646.080 AGR / GO**

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).

No mesmo sentido as seguintes decisões monocráticas: AI nº 820.065/GO, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJ de 03/08/2011, AI nº 829.168/GO, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJ de 14/12/10, e RE nº 612.839/GO, Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJ de 04/08/10.

Ante o exposto, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário.

Publique-se.”

Insiste o agravante que teria sido violado o art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

Aduz, **in verbis**, que:

“(...) o direito à nomeação de aprovados em concurso público não existe pelo simples fato de a Administração Pública ter nomeado servidores comissionados. A preterição ocorre caso haja preterição na ordem de classificação e desde que o candidato tenha se classificado dentro do número de vagas e não no cadastro de reservas.

(...)

A questão jurídica que se coloca é a seguinte: é possível ou não ao Estado contratar servidores comissionados, declarado em lei de livre nomeação e exoneração, sem que esteja preterindo direito de nomeação de candidatos aprovados em concurso público para cargos diversos dos comissionados e fora do número de vagas (cadastro de reserva)” (fls. 407/408).

É o relatório.

06/12/2011

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 646.080 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 nos cargos de analista de gestão administrativa “área de atuação geral”, mediante o qual pleiteia sua nomeação, uma vez que o Estado de Goiás teria preenchido com comissionados os referidos cargos, em detrimento da impetrante.

O parecer ministerial no qual se apoiou o Tribunal de Justiça para conceder a segurança à agravada e garantir-lhe a nomeação ao cargo em comento, está assim fundamentado, na parte que interessa:

“Pelo número de nomeações e pela nomenclatura dos cargos é de se convir que possivelmente os novos Assistentes de Gabinete e Assessores Especiais realizaram tarefas burocráticas de execução e assessoramento da administração, assim como fariam os Analista de Gestão Administrativa.

Verifica-se, portanto, que a persistência de nomeações para cargos em comissão, demonstradamente destinados a preencher os cargos decorrentes da não nomeação do pessoal concursado, ratifica o abuso de poder legitimador da impetração.

Ressalte-se que, caso fossem nomeados 90 (e não 900 comissionados), a impetrante seria nomeada, juntamente com vários outros detentores do direito líquido e certo à nomeação que foram preteridos por contratações precárias.

Logo, a impetrante está farta de razão, amparada na firme orientação da jurisprudência pátria, haja vista que, apesar de aprovada dentro do limite de vagas estabelecido o respectivo edital para cadastro de reserva técnica, está sendo preterida no

**ARE 646.080 AGR / GO**

direito à nomeação pela designação de servidores comissionados para o exercício das funções inerentes ao cargo de Analista de Gestão Administrativa” (fls. 214/215).

A Corte de origem, por sua vez, analisando preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, assim se pronunciou acerca da pretensão da impetrante, ora agravada:

“O pedido da petição inicial, para nomear a impetrante porque preterido o seu direito à nomeação e por ainda existirem vagas – por inúmeras razões –, visto abstratamente, encontra amparo na jurisprudência, no direito positivo e na doutrina administrativa.

Mostra-se concebível se se levar em conta a nomeação de comissionados para ocupar os cargos destinados aos aprovados no concurso...” (fl. 271).

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

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. Ressalte-se que a jurisprudência deste Tribunal é assente de que na análise do recurso extraordinário os fatos devem ser considerados na “versão do acórdão recorrido”. Sobre o tema, anote-se o seguinte julgado:

“1. Recurso extraordinário: descabimento: acórdão recorrido fundado na responsabilidade subjetiva civil do Estado, matéria regida por legislação infraconstitucional: alegada violação ao texto constitucional que, se ocorresse, seria reflexa ou indireta: incidência da Súmula 636. 2. Recurso extraordinário: inviabilidade para o reexame dos fatos da causa,

**ARE 646.080 AGR / GO**

que devem ser considerados na ‘versão do acórdão recorrido’: incidência da Súmula 279: precedentes” (RE nº 294.258/AL-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 2/3/07).

Desse modo, o Tribunal de origem não divergiu da jurisprudência desta Corte no sentido de que, comprovada a necessidade do serviço e a existência de vaga, sendo esta 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



**ARE 646.080 AGR / GO**

candidatos aprovados: direito à nomeação. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que há típica evidência de um desvio de 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 uma das vagas que surgisse 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 RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 646.080**

PROCED. : GOIÁS

**RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI**

AGTE.(S) : ESTADO DE GOIÁS

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

AGDO.(A/S) : FERNANDA NOBRE FERNANDES

ADV.(A/S) : MAIKEL ELIAS MOUCHAILEH

**Decisão:** A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário com agravo, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 6.12.2011.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Carmen Lilian  
Coordenadora