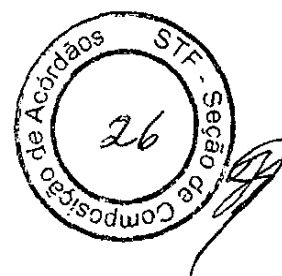


05/04/2011

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.113 SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(s) : JAILSON LAURENTINO E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : JAILSON LAURENTINO
RECDO.(A/S) : UNIÃO
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO



EMENTA

Concurso público. Criação, por lei federal, de novos cargos durante o prazo de validade do certame. Posterior regulamentação editada pelo Tribunal Superior Eleitoral a determinar o aproveitamento, para o preenchimento daqueles cargos, de aprovados em concurso que estivesse em vigor à data da publicação da Lei.

1. A Administração, é certo, não está obrigada a prorrogar o prazo de validade dos concursos públicos; porém, se novos cargos vêm a ser criados, durante tal prazo de validade, mostra-se de todo recomendável que se proceda a essa prorrogação.

2. Na hipótese de haver novas vagas, prestes a serem preenchidas, e razoável número de aprovados em concurso ainda em vigor quando da edição da Lei que criou essas novas vagas, não são justificativas bastantes para o indeferimento da prorrogação da validade de certame público razões de política administrativa interna do Tribunal Regional Eleitoral que realizou o concurso.

3. Recurso extraordinário 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 dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator.

Supremo Tribunal Federal

RE 581.113 / SC

Brasília, 5 de abril de 2011.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

05/04/2011

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.113 SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S) : JAILSON LAURENTINO E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : JAILSON LAURENTINO
RECDO.(A/S) : UNIÃO
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Jailson Laurentino e outro interpõem recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Superior Eleitoral, assim ementado:

“FUNCIONALISMO PÚBLICO. JUSTIÇA ELEITORAL. CARGO. PREENCHIMENTO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS. DIREITO SUBJETIVO A NOMEAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. NÃO-PRORROGAÇÃO. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CRIAÇÃO ULTERIOR DE NOVOS CARGOS. IRRELEVÂNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO. RECURSO IMPROVIDO. VOTOS VENCIDOS. Candidato aprovado em concurso público não tem direito subjetivo a ser nomeado após a não-prorrogação, pela Administração Pública, do prazo de validade, não obstante a criação ulterior de novos cargos” (fl. 152).

Sustentam os recorrentes violação dos arts. 84, inciso IV, e 96, inciso II, da Constituição Federal, tendo em vista que *“foram claros em apontar direito adquirido à nomeação por conta da criação de cargos durante o prazo de validade do concurso, onde o TRE/SC preferiu não substituir servidores requisitados, deixar escoar o prazo de validade do concurso e veicular novo certame para preencher aqueles cargos criados”* (fls. 245/246).

RE 581.113 / SC

Acrescentam que “o TSE admitiu à fl. 162 que o prazo de validade do concurso expirou em 06 de maio de 2004, sendo que os novos cargos foram criados através da Lei nº 10.842, publicada na data de 20 de fevereiro de 2004” (fl. 246), e que “é fato jurídico incontroverso que os cargos foram criados durante o prazo de validade do concurso público, tornando insubsistente a afirmação presente no acórdão proferido pelo TSE de que teriam sido criados após a expiração daquele prazo (através da Resolução nº 21.832/2004 do TSE)” (fl. 246).

Apontam violação dos arts. 5º, inciso XXXVI, e 37, **caput**, da Constituição Federal, porquanto o item nº 1.3 do Edital nº 01, de 31 de outubro de 2001, “afasta qualquer discricionariedade por parte da Administração Pública acerca da conveniência e oportunidade das nomeações para preenchimento das vagas que surgissem, porque já decidiu as conseqüências e vantagens do concurso” (fl. 247).

Ademais, aduzem que “nas informações prestadas pela Autoridade Coatora, não houve qualquer indicação de que as vagas não poderiam ser preenchidas pela falta de previsão orçamentária – por sinal, tanto a Lei nº 10.842/04 quanto a própria Resolução TSE de nº 21.832/2004 afastam tal alegação, porque houve a autorização para o provimento de 41 (quarenta e um) cargos efetivos já no ano de 2004” (fl. 249).

Alegam que “a discricionariedade invocada pela Autoridade Coatora não foi com base em conveniência e oportunidade legítimas, mas sim para proteger no tempo as requisições então presentes; deve-se acrescentar que se tratou de verdadeiro desvio de finalidade em virtude da escassez de servidores públicos estáveis” (fl. 249).

Arrematam asseverando que, “se novas vagas foram criadas durante a validade do concurso (Lei nº 10.842/04) e a Autoridade Coatora não tratou de convocar os integrantes do cadastro-reserva para preenchê-las, acabou infringindo os princípios constitucionais do ato jurídico perfeito, da legalidade e da isonomia” (fl. 251).

Contra-arrazoado (fls. 263 a 276), o recurso extraordinário (fls. 229 a 257) foi admitido (fls. 278 a 280).

É o relatório.

05/04/2011

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.113 SANTA CATARINA

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Senhora Presidente, vou apresentar aqui aos nobres Colegas algumas considerações de ordem histórica.

O eminente Ministro Sepúlveda Pertence era presidente do Tribunal Superior Eleitoral e insistiu, muito, junto ao Ministério do Planejamento, no ano de 2003, junto ao Congresso Nacional, junto à Presidência da República - à época, eu era subchefe para assuntos jurídicos da Casa Civil -, na aprovação desse projeto de lei, em razão das determinações do Tribunal de Contas da União para que se acabasse, na Justiça Eleitoral, com a figura do servidor requisitado. E, há anos e anos que o Tribunal de Contas da União determinava isso ao TSE, que, por sua vez, dependia do Congresso Nacional e, evidentemente, da possibilidade e previsão em lei orçamentária.

Pois bem, logrou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, no projeto de lei, já antigo, que tramitava, o acordo do Ministério da Fazenda, do Ministério do Planejamento, da Casa Civil da Presidência da República, junto com o Congresso Nacional, para criar essas vagas de maneira escalonada: tantas no ano de 2004, tantas no ano de 2005, tantas no ano de 2006. E assim foi aprovado, por necessidade e por expresse pedido do Presidente da Superior Corte Eleitoral junto aos demais Poderes da República. Essa lei veio a ser sancionada em um momento em que ainda vigorava esse concurso; ainda havia o prazo de sua validade. Já se poderia, de imediato, ter ocupado aquele número de vagas que, para o ano de 2004, a lei previa para o Tribunal de Santa Catarina. Isso foi nacional, para os TREs de todo Brasil. Mas não se fez isso. Aguardou-se expirar o prazo de validade; não se prorrogou o concurso - que poderia ainda ser prorrogado -, de modo que se fizesse, posteriormente, novo concurso.

RE 581.113 / SC

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E o móvel?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

O móvel foi a alegação de que isso era discricionário. Ora, como discricionário se o Presidente do TSE tanto cobrou dos demais Poderes a aprovação da referida Lei.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E que não interessaria dispensar os requisitados. Assim fiz ver no acórdão. Fui relator no Tribunal Superior Eleitoral, e o Regional apontou o interesse na permanência dos requisitados.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Isso ocorreu em vários TREs. A alegação, em geral, Ministro Marco Aurélio - o adendo de Vossa Excelência, como também o testemunho de quem foi o Relator no TSE -, é importante, porque, invariavelmente, os vários TREs não quiseram prorrogar concursos então vigentes em razão de estarem em ano eleitoral. Justificavam dizendo que não iriam prorrogar o concurso nem chamar os aprovados, que iriam deixar o concurso expirar porque os requisitados já possuíam experiências em eleições anteriores. Entenderam os TREs de não fazer essas nomeações.

05/04/2011

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.113 SANTA CATARINA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Observo, desde logo, que o acórdão dos embargos de declaração foi publicado em 28/2/07, conforme expresso na certidão de fl. 194, não sendo exigível a demonstração da existência de repercussão geral das questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/9/07.

Trata-se de mandado de segurança por meio do qual os impetrantes postulam que a autoridade dita coatora abstenha-se de realizar novo concurso público para preenchimento de vagas criadas pela Lei nº 10.842/04 e que as vagas disponibilizadas para o ano de 2004 sejam preenchidas com o aproveitamento dos habilitados no concurso objeto do edital nº 01/2001, respeitada a ordem de classificação.

Funda-se, a impetração, na alegação de que a referida lei criou novas vagas *“para o cargo no qual os impetrantes se classificaram no concurso público aberto anteriormente pelo TRE/SC”* (fl. 5).

O Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina denegou a ordem. Segundo constou do acórdão então proferido, a *“Lei nº 10.842, de 20.2.2004, criou, nos quadros de Pessoal dos Tribunais Regionais Eleitorais, dois cargos efetivos para cada Zona Eleitoral, sendo um de Analista Judiciário e outro de Técnico Judiciário, além de uma função comissionada de Chefe de Cartório Eleitoral, os quais deverão ser preenchidos gradualmente no exercício de 2004, 2005 e 2006, conforme instruções a serem baixadas pelo Tribunal Superior Eleitoral (art. 5º)”* (fl. 104).

Prossegue, aquela decisão, afirmando que o Tribunal local, em abril de 2004, *“publicou a Resolução nº 7.377, de 22.5.2004, manifestando-se pela não-prorrogação do indigitado concurso, em virtude de diversas razões fáticas e jurídicas expressamente apontadas nesse ato normativo”* (fls. 104/105) e que posteriormente, o TSE editou a Resolução nº 21.832, em julho de 2004,

RE 581.113 / SC

disciplinando o preenchimento das vagas abertas.

Finalmente, afirma o Tribunal local que *“demonstrado que a autoridade apontada como coatora não tinha a obrigação ou o dever de nomear os impetrantes para ocuparem as vagas criadas pela Lei nº 10.842/2004, não se verifica a prática de ato abusivo ou ilegal, tampouco a existência de direito líquido e certo a ser resguardado, pelo que a denegação da ordem é medida que se impõe”* (fls. 108/109).

O Tribunal Superior Eleitoral manteve a decisão, ficando vencidos os Ministros **Marco Aurélio**, Relator originário, e **Gomes de Barros**, tendo sido o acórdão redigido pelo Ministro **Cezar Peluso**.

Esclarecida a questão relativa à data da impetração, o Ministro **Marco Aurélio** considerou que o *“edital de concurso, em atendimento até mesmo à ordem natural das coisas, versou sobre o objeto do certame – preenchimento dos cargos existentes e daqueles que viessem a surgir no período de validade respectiva. Pois bem, de forma surpreendente o Tribunal Regional Eleitoral indeferiu a prorrogação do prazo de validade, acenando a seguir, com a realização de outro, visando ao preenchimento das vagas resultantes da Lei nº 10.842. Em relação a esta, sob o ângulo regulamentador nela previsto, veio o Tribunal Superior Eleitoral a editar a Resolução nº 21.832, DJ de 1º de julho de 2004”* (fl. 156).

Prevaleceu, contudo, a douta maioria apoiada no voto condutor do Ministro **Cezar Peluso**, que tomou por fundamento central o fato de que *“não há direito subjetivo do concursado aprovado em concurso contra a discricionariedade da Administração, prevista no art. 37, inciso III, da Constituição da República. Se a Constituição pretendesse que tal prazo não seria prorrogável, mas prorrogado, teria prescrito que o prazo de validade do concurso seria de quatro anos, pura e simplesmente. Se previu que é prorrogável, é porque atribuiu à Administração Pública a discricionariedade para decidir se deve, ou não, prolongá-lo diante das circunstâncias do caso”* (fls. 162/163). E, ainda, acrescentou que *“as vagas, de fato, só se caracterizaram após o termo final do prazo de validade do concurso, e a resolução foi baixada após o termo, portanto após a decisão do Tribunal”* (fl. 163). Por fim, anotou que os impetrantes não teriam o direito subjetivo alegado, porquanto um deles foi aprovado em

RE 581.113 / SC

23º lugar e outro em 33º, sendo certo que havia outros candidatos mais bem colocados do que eles.

Seguiram-se embargos de declaração, que foram rejeitados.

Assim postos os fatos em discussão nestes autos, parece-me que os impetrantes possuem o direito subjetivo cujo reconhecimento é aqui postulado, filiando-me à mesma linha de argumentação do voto proferido pelo Ministro **Marco Aurélio**.

Se é certo que não se pode compelir a Administração a prorrogar, obrigatoriamente, o prazo de todo e qualquer concurso público que venha a realizar, uma vez que tal faculdade se insere no poder discricionário que lhe é inerente, não é menos certo que, se, ainda durante o prazo de validade do concurso, novos cargos da mesma natureza desses que deram causa à abertura do certame foram criados, parece inegável o direito dos aprovados em serem nomeados e, para tanto, pertinente se mostrava a prorrogação do prazo de validade do concurso.

Máxime se os cargos criados sequer existiam no quadro de funcionários do órgão responsável pelo certame, o qual, para seu preenchimento, socorria-se de funcionários cedidos por outros órgãos da Administração, como é sabido que ocorria no âmbito da Justiça eleitoral dos Estados antes da promulgação da Lei nº 10.842/04.

Recusando-se a proceder dessa maneira, inegavelmente, o Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Santa Catarina violou direito líquido e certo dos recorrentes à nomeação, infringindo, ainda, os ditames constitucionais que devem nortear a atuação da Administração Pública, notadamente os princípios da legalidade e da eficiência.

E isso porque, tendo sido aprovados para determinados cargos públicos, mas não logrando classificação que lhes permitisse pronta chamada, os recorrentes ficaram no aguardo da abertura de novas vagas, o que efetivamente veio a ocorrer, ainda no prazo de validade do concurso.

Assim, como os cargos criados eram ocupados por pessoas de fora da carreira da justiça eleitoral dos Estados, havia fundamentos suficientes a justificar a prorrogação do prazo de validade do concurso, de modo que

RE 581.113 / SC

que aqueles que lograram aprovação nesse certamente viessem a ser oportunamente chamados a ocupar esse cargos.

Tampouco se mostra razoável admitir que o melhor seria a abertura de novo e igual concurso público para o preenchimento dos cargos, uma vez que havia aprovados em número suficiente para tanto, remanescentes de concurso recentemente realizado, ainda dentro de seu prazo de validade original quando da edição da lei que criou tais cargos.

Ressalte-se, por oportuno que, em diversas oportunidades, ao apreciar casos semelhantes ao presente, o Tribunal Superior Eleitoral proferiu decisões diversas dessa ora em análise, citando-se, para exemplificar, a seguinte decisão monocrática, da lavra do eminente **Ministro Cezar Peluso**:

“Agravos regimentais. Funcionalismo público. Justiça Eleitoral. Concurso público. Cargo de provimento efetivo em TRE. Candidato aprovado. Prova emprestada. Peculiaridades do caso. Admissibilidade. Direito subjetivo líquido e certo à nomeação. Caracterização. Cargos criados pela Lei nº 10.842/2004 durante a vigência do concurso. Prova da necessidade de pessoal. Mandado de segurança concedido. Provimento ao recurso ordinário para esse fim. Agravo regimental provido.

DECISÃO

1. Ludmila Dias Chaves, classificada no 288º lugar em concurso público para o cargo de técnico judiciário, área administrativa, do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (fl. 26), impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, em 29.4.2005, contra ato do presidente daquela Corte, pretendendo nomeação no cargo de provimento efetivo para o qual foi aprovada, ou, alternativamente, que o tribunal estendesse o prazo de validade do concurso público realizado em 2001, cujo termo seria 2.5.2005.

Sustentou a liquidez e a certeza de seu direito, já que a Lei nº 10.842/2004 criou vagas para serem preenchidas em 2004 e 2005, ou seja, enquanto válido o certame, e, ainda, porque

RE 581.113 / SC

inquestionáveis a carência de servidores e a existência de vagas e de aprovados para preenchê-las.

Ao apreciar o pedido de liminar, o Desembargador Paulo Espírito Santo, do TRE/RJ (fls. 127), proferiu decisão, em 3.5.2005, indeferindo a inicial, pois entendeu que a impetrante possuía mera expectativa de direito à nomeação e que o prazo de validade do concurso havia expirado.

Contra essa decisão, que liminarmente indeferiu a inicial, a candidata interpôs agravo regimental (fl. 133), a que se negou provimento. Leio do acórdão:

[...] Não vejo motivos para que seja alterado o decisum ora agravado.

Na verdade, restou evidenciada a ausência de direito líquido e certo da impetrante, na medida em que possui a mesma apenas expectativa de direito à nomeação, além de se haver configurado o término do prazo de validade do concurso em questão, cujo prazo tem natureza decadencial e não prescricional. [...]

(fl. 155).

Em 6.6.2005, Ludmila Dias Chaves interpôs recurso especial (art. 276, I, a e b, do Código Eleitoral) e recurso ordinário (art. 276, II, b, do mesmo diploma) para este Tribunal Superior, conforme petições de fls. 170 e 218. Não admitido o recurso especial (fl. 231), ela interpôs agravo de instrumento (autuado nesta Corte sob o nº 6.330), que não foi conhecido, em razão de não ter infirmado os fundamentos da decisão impugnada. Contra essa decisão, a candidata interpôs agravo regimental, que aguarda julgamento.

A Procuradoria-Geral Eleitoral (PGE) opinou pelo improvimento do recurso ordinário, com base no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, porque entendeu que a recorrente não logrou demonstrar a existência de ato coator (fl. 292).

Analisei o recurso ordinário e, por outro fundamento, acolhi a preliminar de falta de interesse de agir da recorrente, porque a expiração do prazo de validade do concurso, sem que fosse nomeada, lhe era juridicamente indiferente, à medida que,

RE 581.113 / SC

do exame dos documentos juntados aos autos, não era possível comprovar sua classificação para as vagas existentes durante a vigência do certame.

Observei, na cópia do edital do concurso (fls. 29-51), que eram 11 as vagas para o cargo de técnico judiciário, área administrativa, nelas já incluída uma para deficiente, e que a Lei nº 10.842/2004 criou mais 242 vagas, que, somadas às primeiras, totalizavam 253. Argumentei que a recorrente, classificada no 288º lugar, não havia demonstrado que outras vagas tinham sido criadas durante o prazo de validade do concurso.

Por essas razões, neguei seguimento ao recurso ordinário (fls. 316-319).

Daí, a interposição deste agravo regimental (fl. 325).

A agravante, para demonstrar seu direito, recorre a três cálculos distintos, aduzindo que, em qualquer das hipóteses consideradas, '[...] estaria rigorosamente dentro do número de vagas criadas pela Lei nº 10.842/04' (fl. 326. Grifos nossos). Junta documentos.

Encaminha diversos memoriais, alegando, em suma, que todos os argumentos expendidos na inicial estariam comprovados; que os documentos anexados à petição do agravo regimental esclareceriam a afirmação de que 225 candidatos foram convocados; e que, no RMS nº 457, haveria prova de que o próprio TRE/RJ, quando chamado aos autos para prestar esclarecimentos, afirmou que o último aprovado regularmente para o cargo de técnico judiciário foi o 225º colocado, e que este foi o último a ser convocado para as vagas de 2004.

É o relatório.

2. Consistente o recurso.

Prova a liquidez e a certeza de seu direito, o impetrante que, de plano, apresenta prova pré-constituída das situações e fatos de que aquele se irradia.

Ao apreciar o pedido de liminar, o Desembargador Paulo Espírito Santo, do TRE/RJ (fls. 127), proferiu decisão, em

RE 581.113 / SC

3.5.2005, indeferindo a inicial, ao entender que a impetrante possuía mera expectativa de direito à nomeação e que o prazo de validade do concurso havia expirado.

Ao negar seguimento ao recurso ordinário, considerei a previsão do edital do concurso (fls. 29-51), segundo o qual eram 11 as vagas para o cargo de técnico judiciário, área administrativa, nelas já incluída uma para deficiente. A essas vagas, somei as 242 criadas pela Lei nº 10.842/2004 e concluí que os cargos por preencher totalizavam 253. Assim, reconheci faltar à recorrente, classificada no 288º lugar, interesse processual ou de agir.

Preliminarmente, observo não se haver consumado a decadência. É que a inicial foi distribuída em 29.4.2005 (fl. 2), e o prazo de validade do concurso somente expirou em 2.5.2005.

Quanto ao mérito, é importante lembrar que, sem a abertura de outras vagas que não as decorrentes dos 242 cargos criados pela lei em referência, apenas 169 deveriam ser providas até 2005 - 97 em 2004 e 72 em 2005 -, conforme dispõe a Res. TSE nº 21.832/2004, e, ainda, que o prazo de validade do concurso expirou em 2.5.2005.

A agravante alega que somente os cargos existentes até 2004 teriam sido providos, e, para fazer prova deste fato, noticia que, nos autos do RMS nº 457, da minha relatoria, o TRE/RJ teria, nas informações prestadas, admitido o mesmo fato. Alega, também, que não apenas 169 vagas deveriam ter sido providas em 2005, e, sim, 225 (existentes até 2004), além das 72 que deveriam ser preenchidas em 2005, totalizando, portanto, 297.

Consigno que não há, nestes autos, informações da autoridade tida por coatora, porque, como a própria inicial do **mandamus** foi indeferida (fls. 127-130) e o agravo regimental improvido, nos termos do acórdão de fls. 151-156, houve recurso para o TSE, sem que a autoridade coatora fosse notificada para prestá-las.

Não compete ao TSE, em sede de recurso ordinário em mandado de segurança, notificar a autoridade coatora para que preste informações. Mas há, nos autos de outro processo,

RE 581.113 / SC

provas de que o TRE preencheu apenas as vagas que deveriam ser providas até 2004.

Assim, dadas as peculiaridades do caso, nada obsta a que o julgador, diante de fato notório, revelado em processos semelhantes de que conheceu, determine a vinda de prova emprestada de outro feito, que tenha o mesmo fundamento.

Neste caso, há prova, colhida em outros processos, de que, apesar da previsão legal, os aprovados não foram convocados para ocupar os cargos que deveriam ser providos em 2005.

Por reputar relevantes as informações prestadas pelo TRE/RJ, para comprovar que as vagas cujo preenchimento estava programado para 2005 não foram preenchidas, fiz juntar aos autos cópia do Ofício GP nº 882/05 (fls. 372-389), de onde leio:

[...]

Há de se esclarecer que, para o cumprimento da Lei nº 10.842/04, havia a necessidade primária de se preencher as vagas de 2004, o que foi executado, obedecendo rigorosamente à ordem de classificação dos candidatos.

[...]

Nelas [nas informações prestadas] pode-se observar que o escoamento do prazo de validade do concurso, sem a convocação para o preenchimento das vagas de 2005, não resultou de conduta omissiva da Administração, mas das dificuldades surgidas no preenchimento das vagas criadas em 2004, em razão da necessidade de realização de prévio concurso de remoção, das desistências e das opções por lista de espera.

[...] (fls. 382 e 384)

As dificuldades a que se refere o Tribunal Regional podem ser mais bem compreendidas à luz dos seguintes excertos da informação:

[...]

Ocorre que, como poderemos verificar, as diversas convocações de candidatos não lograram êxito imediato, pois, passados quase quatro anos da realização do concurso, muitos dos convocados já se encontravam estabelecidos profissionalmente.

RE 581.113 / SC

Além do mais, como as vagas oferecidas para lotação destinavam-se a cartórios do interior, muitos optantes, após tomarem conhecimento da lista, não retornaram para dar continuidade ao procedimento [...] (fl. 378);

Ora, o fato de o TRE ter encontrado dificuldades para convocar os candidatos aprovados no concurso não é razão bastante para retirar de candidato aprovado dentro do número de vagas o direito de ser nomeado.

É bem verdade que, em tese, o candidato aprovado em concurso público não tem direito subjetivo a ser nomeado após o prazo de validade do certame não prorrogado pela administração pública, não obstante a criação ulterior de novos cargos.

Mas tenho que a recorrente, assim como os recorrentes nos RMS nos 412 e 413, já julgados por mim, se desincumbiu do ônus de provar que, à época, o TRE/RJ necessitava de pessoal. E fê-lo demonstrando a incontroversa existência de cargos vagos criados pela Lei nº 10.842/2004, os quais não foram providos, em desrespeito ao cronograma de preenchimento.

Acrescente-se ser não menos notório que o TRE/RJ realizou, neste ano, concurso público para provimento de 269 cargos de técnico judiciário, área administrativa. A homologação ocorreu por meio do Edital nº 13, de 19.4.2007, publicado no DOU de 23.4.2007. Em breve, deverá ocorrer a convocação dos novos aprovados.

Concluo que assiste razão à recorrente, porque, além dos 225 convocados (número de vagas surgidas até 2004), o TRE deveria ter chamado mais 72 candidatos no prazo de validade do certame, para ocuparem as 297 vagas criadas pela lei e distribuídas conforme resoluções desta Corte, que estabeleceram calendário e percentuais para o preenchimento das vagas em 2004, 2005 e 2006.

Com o advento, aos autos, da informação de que, dentre os cargos criados pela Lei nº 10.842/2004, só foram providos os que deveriam ser preenchidos até 2004, temos que a candidata, classificada na 288ª posição, logrou demonstrar que se encontra

RE 581.113 / SC

classificada dentro das 297 vagas criadas que deveriam ter sido preenchidas.

3. Ante o exposto, reconsidero a decisão de fls. 316-319 e dou provimento ao agravo regimental, para, concedendo a ordem, determinar ao TRE que, observadas as vagas existentes até a data de encerramento do prazo de validade do concurso, proceda à nomeação da recorrente.

Brasília, 17 de maio de 2007" (AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA nº 411/RJ, DJ de 25/5/07).

Anoto que, mesmo no âmbito desta Suprema Corte, há precedentes no mesmo sentido, merecendo relevo, a par daqueles já transcritos nos autos pelos recorrentes, o seguinte:

"1. Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, na instância de origem, indeferiu processamento de recurso extraordinário contra acórdão que reconheceu, à parte ora agravada, prioridade na nomeação a cargo de oficial de justiça, para o qual havia prestado concurso, em que foi aprovado, por entender que a abertura de novo certame, no prazo de validade do anterior, fez nascer direito subjetivo de ocupar a vaga que surgiu após a realização do primeiro concurso. Sustenta-se violação ao art. 37, IV, da Constituição Federal, uma vez que o concurso público em questão foi aberto com a finalidade específica de prover dois cargos de oficial de justiça. 2. Inviável o recurso. Lê-se do acórdão: 'Os impetrantes foram aprovados no concurso público nº 01/95 para provimento de cargos de Oficial de Justiça do Quadro Geral de Auxiliares de Justiça da Comarca de Londrina, ocupando atualmente a segunda, a terceira e a sexta colocação, tendo em vista contratações anteriores de desistência de vaga. No prazo de validade do concurso, a douta magistrada da Comarca de Londrina solicitou ao Presidente do Tribunal de Justiça do Paraná o aproveitamento de candidatos aprovados, tendo em vista a existência de 05 cargos vagos de Oficial de Justiça

RE 581.113 / SC

naquela Comarca. Sob o argumento de que o certame teria cumprido sua finalidade, qual seja, o preenchimento de quatro cargos vagos, conforme constava no edital, o em. Presidente do Tribunal de Justiça não só negou o pedido, como também autorizou a abertura de novo concurso para o preenchimento das referidas vagas. Entretanto, esse não é o entendimento que se coaduna com a melhor exegese do art. 37, IV, da Constituição Federal, que dispõe: 'Art. 37 - (...) IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre os novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;' Se é certo que a administração não é obrigada a nomear todos os aprovados, face aos juízos de conveniência e oportunidade de que dispõe, também é certo que a existência de vaga e a necessidade de preenchê-la geram direito aos aprovados de serem nomeados dentro do prazo de validade do concurso. Assim, os aprovados em concurso público terão prioridade para nomeação sobre novos concursados para preencher vagas existentes quando da abertura do edital e aquelas que porventura surgiram dentro de seu período de validade. Nesse sentido, a precisa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: Os concursos públicos terão validade de até dois anos, prorrogáveis uma vez por igual período (art. 37, III), isto é, por tempo igual ao que lhes haja sido originariamente consignado (art. 37, IV). No interior de tal prazo os aprovados terão precedência para nomeação sobre novos concursados (art. 37, IV). Como consequência desta prioridade, a Administração só com eles poderá preencher as vagas existentes dentro de seu período de validade, que já existissem quando da abertura do certame, quer ocorridas depois. É certo, outrossim, que não poderá deixá-lo escoar simplesmente como meio de se evadir ao comando de tal regra nomeando em seguida os aprovados no concurso sucessivo, que isto seria um desvio de poder. Com efeito, se fosse possível agir deste modo, a garantia do inciso IV não valeria nada, sendo o mesmo uma 'letra morta'. (grifos meus) (Curso de Direito

RE 581.113 / SC

Administrativo, 15ª edição, Malheiros Editores, 2003, p. 259). Na esteira desse entendimento, pode-se dizer: ainda que o edital de concurso público tenha previsto inicialmente número determinado de vagas para certo cargo, enquanto perdurar a vigência do certame, terão prioridade os nele aprovados para ocupar cargos vagos que venham surgindo. A assertiva acima apresenta-se coerente com os princípios norteadores da administração pública, mormente o da eficiência, posto que, se há candidatos aprovados, aptos a exercerem as funções inerentes ao cargo, não seria plausível a abertura de novo certame para o preenchimento de vagas não previstas quando da elaboração do edital, o que, por certo, seria dispendioso. Ressalte-se que, conforme assente na jurisprudência, 'aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito'; entretanto essa expectativa se transforma em direito subjetivo quando há necessidade de preenchimento de vaga e aprovado em concurso válido, cujo prazo de validade não se expirou. (...)'. (Fls.219-221) É, pois, fato incontroverso, segundo o teor do acordão, que o ora agravado foi aprovado no concurso para o cargo de oficial de justiça e que a criação de novas vagas deu-se ainda no prazo de validade do certame. Não menos incontroverso que, a despeito de haver concurso válido, o Presidente do Tribunal de Justiça do Paraná autorizou a abertura de novo concurso para o preenchimento das referidas vagas. Houve, pois, desvio de poder e ofensa a direito líquido e certo do impetrante, uma vez insultadas as normas constantes do art. 37, caput, e inc. IV, da Constituição da República. Em caso assemelhado, no julgamento do RE nº 192.568 (Rel. Min. MARCO AURELIO), esta Corte decidiu: 'CONCURSO PÚBLICO - VAGAS - NOMEAÇÃO. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica

RE 581.113 / SC

finalidade. 'Como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subseqüentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias' (Celso Antonio Bandeira de Mello, 'Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta', página 56).' (No mesmo sentido, cf. RE nº 229.450, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, RE nº 273.605, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA). 3. Adotando, pois, os fundamentos dos precedentes e valendo-me do disposto nos artigos 21, § 1º, do RISTF, 38 da Lei 8.038/90, e 557 do CPC, nego seguimento ao agravo. Publique-se. Int.. Brasília, 28 de junho de 2004" (AI nº 504.702/PR, relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 9/8/04).

Merece, pois, provimento o presente recurso, para a concessão da segurança impetrada pelos recorrentes, determinando-se que o Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Santa Catarina, tomando por parâmetro as vagas existentes até a data do encerramento do prazo de validade do aludido concurso, proceda à nomeação dos ora recorrentes para os cargos para os quais foram regularmente aprovados.

Destarte, pelo meu voto, proponho seja dado provimento ao presente recurso extraordinário, nos termos e para os fins supra explicitados.

05/04/2011

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.113 SANTA CATARINA

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, como o Ministro Dias Toffoli e o Ministro Marco Aurélio fizeram parte do TSE, um acompanha o outro. Como eu só faço parte do Supremo Tribunal Federal, vou acompanhar Vossa Excelência, que foi Relatora para acórdão no Recurso Extraordinário nº 227.480, do Rio de Janeiro. E assim ficou sintetizado o entendimento de Vossa Excelência:

"Ementa

DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO DE APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE VAGAS PARA CARGO PÚBLICO COM LISTA DE APROVADOS EM CONCURSO VIGENTE: DIREITO ADQUIRIDO E EXPECTATIVA DE DIREITO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO EM PROVER CARGOS VAGOS: NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. ARTIGOS 37, INCISOS II E IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO."

Certamente porque ele é promovido pela entidade pública.

"1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso."

Veja que no caso específico as vagas foram criadas no curso do concurso. Evidentemente que estava lhe dando o prazo de validade e havia direito subjetivo dos que foram aprovados.

Diz a Ministra Cármen Lúcia:

"2. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando

RE 581.113 / SC

existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário.

Se não houver motivação, automaticamente o direito subjetivo se sobrepõe ao direito líquido e certo. Eu anotei no debate - achei muito interessante, tanto o acréscimo feito pelo Ministro Marco Aurélio quanto por Vossa Excelência - que também estão em jogo aqui duas cláusulas pétreas. Primeiro, o Estado Democrático de Direito, a Administração tem de se subordinar à lei.

Vossa Excelência lembrou o seu passado de concurso, eu também tenho uma vida de concurso. Sei o que é um candidato abrir mão de uma série de coisas para fazer um concurso e depois não tomar posse. Vossa Excelência cita a vinculação da Administração à lei, e essa frustração, Ministro Marco Aurélio, é a base da própria cidadania, o exercício da cidadania de quem se preparou, realizou um concurso público e não tomou posse.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A própria dignidade do homem. Quer dizer, o Estado não pode tripudiar, deixar de realizar um concurso para saber se há no mercado pessoas habilitadas aos cargos. Realiza para o preenchimento dos cargos.

Na espécie, ainda se tem esse móvel: deixou-se de prorrogar o concurso a partir da cultura requisitória, o prestígio dos requisitados para, a seguir, abrir novo certame. Salta aos olhos o descompasso com a ordem jurídica constitucional.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então, por todos esses fundamentos, acompanho o voto de Vossa Excelência, automaticamente dando provimento ao recurso extraordinário.

05/04/2011

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.113 SANTA CATARINA

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, seria irracional abrir um concurso e não prover as vagas, até porque a Administração Pública se sujeita não apenas ao princípio da legalidade, mas também ao princípio da economicidade e da eficiência. Em existindo vagas e em existindo candidatos aprovados, o interesse público exige que essas vagas sejam providas.

Acompanho o Relator.

05/04/2011

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.113 SANTA CATARINA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, apenas duas palavras, não para divergir do relator, mas para ressaltar que, durante muitos anos, vingou jurisprudência – que, a meu ver, mereceu excomunhão maior – segundo a qual somente se teria direito subjetivo à nomeação no caso de preterição, como se – assentei no acórdão – a Administração Pública pudesse brincar com o homem candidato e praticamente tripudiar, deixando escoar o prazo de validade do concurso, com vagas abertas, às vezes anunciadas no edital, sem preenchimento.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Se Vossa Excelência me permite, todos aqueles que já foram administradores públicos conhecem o custo elevadíssimo de um concurso público.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – No caso concreto – e assim deixei escancarado no acórdão –, o pretexto para não se adiar, porque houve requerimento, o prazo de validade do concurso seria a manutenção dos requisitados, alegando-se que teriam maior experiência. Ressaltou o relator que o projeto de criação dos cargos foi aprovado a partir da premissa de que se precisava colocar um ponto final nas requisições. Isso foi negociado pelo então Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Ministro Sepúlveda Pertence, não só com o Executivo como também com o Legislativo.

Acompanho Sua Excelência no voto proferido.

05/04/2011

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.113 SANTA CATARINA

VOTO**A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -**

Também acompanho o voto do Relator.

Tenho duas observações, rapidíssimas. A primeira que, neste caso, surge o que está assentado a partir da Constituição: quando se abre uma nova vaga, um novo concurso - como foi anunciado tanto no Relatório de Vossa Excelência quanto enfatizado da tribuna -, na vigência de um concurso, hoje, já há lei que não podem ser chamados os do novo concurso enquanto expirasse. Talvez nessa ocasião já havia até essa legislação, mas não era observada com a intransigência que é hoje, porque se considera nula a nomeação.

Segundo, porque esse direito adquirido surge exatamente quando se demonstra a necessidade.

Eu até já ponderei sobre o que Vossa Excelência afirma, Ministro Marco Aurélio, quanto a questão de que o direito se adquire quando um outro é nomeado ou quando há preterição. Lembro-me de que o Professor Caio Tasto dizia que isso foi um ganho, porque antes não tinha direito a nada, depois, com a preterição; agora se passa a uma outra etapa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - No primeiro caso, Recurso Extraordinário nº 192.568/PI, decidido pela Segunda Turma, no âmbito do Supremo, fui relator. Envolvia juiz do Piauí. Bateu-se o martelo no sentido do direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado, pouco importando a inexistência de pretensão.

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -

Acho, e tenho escrito, que esse direito até não é absoluto, claro, como todos os direitos não são. Já vivi situações em que a pessoa foi aprovada, havia até a vaga, mas se sobrevier um interesse público maior, por

RE 581.113 / SC

exemplo, quando veio a Emenda Constitucional nº 14, nós tínhamos feito um concurso em Minas Gerais e havia os aprovados. O ensino do segundo grau passou para o município, então as vagas existentes quando do concurso deixaram de existir, logo, o interesse público se sobrepõe ao interesse particular. Aqui é o oposto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Na espécie, a cronologia é escandalosa. Indeferiram a prorrogação para abrir, a seguir, novo concurso!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Hoje já nem poderia, porque hoje temos leis no Brasil que impedem a abertura de novo concurso: enquanto tiver candidatos aprovados em concurso que ainda esteja em vigor ou que possa ser prorrogado. Então, como esse dado é de 2003, naquele ocasião não tinha ainda essa situação.

De toda sorte, aqui tem um terceiro dado, é que desde a década de 70 o direito à nomeação surge quando houver a comprovação da necessidade pela Administração Pública. A requisição é a prova da necessidade. Então, nesse caso, desde a década de 70 a doutrina e a jurisprudência estão assentadas do mesmo jeito.

Não tenho a menor sombra de dúvida, portanto, em acompanhar o Relator e conceder também a ordem nos termos que foram fixados.

PRIMEIRA TURMA**EXTRATO DE ATA****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.113**

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : JAILSON LAURENTINO E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : JAILSON LAURENTINO

RECDO.(A/S) : UNIÃO

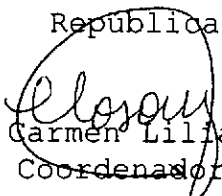
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Retirado de pauta por indicação do Ministro Carlos Ayres Britto, Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 22.09.2009.

Decisão: A Turma deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 5.4.2011.

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

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.


Carmen Lillian
Coordenadora