



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 54.827 - SP (2017/0184341-6)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : JAMILIA BARROS DA SILVA
ADVOGADO : GABRIEL SILVA FARIAS E OUTRO(S) - SP375655
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : HONORIO AMADEU NETO E OUTRO(S) - SP324587

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA. PREFEITO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. SECRETÁRIO MUNICIPAL DE SAÚDE. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por Jamília Barros da Silva, ora recorrente, contra ato do Prefeito do Município de São Paulo, ora recorrido, sustentando que foi "aprovada na 387ª posição da lista geral de concurso público da Secretaria Municipal da Saúde, para o cargo de Especialista em Saúde - Enfermeiro. Assevera que o concurso foi autorizado pela autoridade impetrada e destinou-se ao provimento de novecentos e sessenta e sete cargos, dentre os quais quatrocentos e quatro para o cargo de enfermeiro. O certame foi homologado e prorrogado por um ano, até 1º de julho de 2016. Argumenta, assim, que foi violado seu direito líquido e certo à nomeação, na medida em que fora aprovada dentro do número de vagas previsto no edital." (fls. 385-386).

2. O Tribunal *a quo* denegou a segurança e assim consignou na sua decisão: "**2. Deve ser desde logo acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Prefeito do Município de São Paulo, o que afasta a competência deste Órgão Especial para o julgamento da ação.** (...) Logo, é certo que o Prefeito do Município de São Paulo não praticou e não ordenou qualquer ato reputado coator, tampouco tem poder deliberativo sobre a nomeação pretendida pela impetrante. Indubitável, portanto, a sua ilegitimidade para figurar como autoridade coatora. (...) 3. Inviável, ainda, a aplicação da teoria da encampação no presente caso, eis que conquanto tenha o impetrado também realizado a defesa da validade do ato considerado coator nas informações oferecidas nestes autos deslocar-se-ia, com a encampação, competência constitucionalmente definida para o conhecimento dessa questão, o que é vedado pela jurisprudência³. (...) 4. Consequentemente, a alegada violação a direito da impetrante não foi cometida por qualquer das autoridades sujeitas à competência do Órgão Especial, arroladas no artigo 13, I, "a"5, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo RITJSP c.c. artigo 74, III 6, da Constituição Paulista, o que afasta a competência deste colegiado. Tendo a demandante impetrado writ **exclusivamente** contra o Prefeito da Capital, a solução adequada é a extinção do feito sem resolução do mérito, de acordo com artigo 485, IV e VI, do Código de Processo Civil. 5. Ante o exposto, reconhecida a ilegitimidade passiva do Prefeito do Município de São Paulo, **denega-se a segurança** nos termos do artigo 6º, parágrafo 5º, da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

12.016/09, c. c. artigo 485, incisos IV e VI, do Código de Processo Civil. Custas *ex lege*, sem imposição de verba honorária, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/09, e das Súmulas 105 do Superior Tribunal de Justiça e 512 do Supremo Tribunal Federal. (fls. 387-396, grifo acrescentado em itálico).

3. *"A jurisprudência desta Corte firmou entendimento segundo o qual, a aplicação da teoria da encampação, que mitiga a indicação errônea da autoridade coatora em mandado de segurança, tem lugar quando presentes os seguintes requisitos: (i) vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e aquela que determinou a prática do ato; (ii) manifestação sobre o mérito nas informações prestadas, e; (iii) ausência de modificação na competência constitucionalmente estabelecida."* (AgInt no RMS 39.158/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 11/5/2017) (grifo acrescentado).

4. Verifica-se que não é cabível, *in casu*, a aplicação da Teoria da Encampação, pois haverá modificação da competência, tendo em vista que o Secretário Municipal de Saúde, autoridade coatora, não está sujeito à competência do Órgão Especial, conforme o Regimento Interno do Tribunal de origem.

5. Recurso Ordinário não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: *"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."* Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes."

Brasília, 21 de novembro de 2017(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 54.827 - SP (2017/0184341-6)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : JAMILIA BARROS DA SILVA
ADVOGADO : GABRIEL SILVA FARIAS E OUTRO(S) - SP375655
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : HONORIO AMADEU NETO E OUTRO(S) - SP324587

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto, com fundamento no art. 105, II, "b", da CF, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de fls. 380-396, assim ementado:

Mandado de Segurança impetrado contra suposta omissão atribuída ao Prefeito da Capital do Estado de São Paulo. Candidata aprovada em concurso público da Secretaria Municipal de Saúde dentro do número de vagas estipulado pelo edital. Prazo de validade do certame encerrado. Arguição de violação a direito líquido e certo à nomeação. Prefeito não praticou e não ordenou qualquer ato coator, tampouco tem poder deliberativo sobre ele. Certame realizado pela Secretaria da Saúde. Decreto municipal estabelece a competência do Secretário para homologar o concurso, nomear e dar posse aos aprovados. Autoridade coatora não sujeita à competência do Órgão Especial. Acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva. Inviável aplicação da teoria da encampação sob pena de deslocamento de competência constitucionalmente definida, o que não é admitido pela jurisprudência. Impetração voltada exclusivamente contra o Prefeito da Capital. Vedada a substituição de ofício da autoridade apontada como coatora pelo julgador. Inadmissível exigir que autor litigue contra quem não deseja. Precedente do STJ. Extinção do feito sem resolução do mérito. Segurança denegada. Art. 6º, § 5º, Lei 12.016/09, c.c. art. 485, incisos IV e VI, CPC. Precedentes do STJ.

Alega a recorrente que o Prefeito do Município de São Paulo é parte legítima passiva.

Contrarrazões apresentadas às fls. 480-510.

O Recurso Ordinário foi encaminhado para o STJ à fl. 520.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do Recurso Ordinário às fls. 526-530.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 54.827 - SP (2017/0184341-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 2.8.2017.

A irresignação não merece prosperar.

Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por Jamília Barros da Silva, ora recorrente, contra ato do Prefeito do Município de São Paulo, ora recorrido, sustentando que foi "aprovada na 387ª posição da lista geral de concurso público da Secretaria Municipal da Saúde, para o cargo de Especialista em Saúde - Enfermeiro. Assevera que o concurso foi autorizado pela autoridade impetrada e destinou-se ao provimento de novecentos e sessenta e sete cargos, dentre os quais quatrocentos e quatro para o cargo de enfermeiro. O certame foi homologado e prorrogado por um ano, até 1º de julho de 2016. Argumenta, assim, que foi violado seu direito líquido e certo à nomeação, na medida em que fora aprovada dentro do número de vagas previsto no edital." (fls. 385-386).

O Tribunal *a quo* denegou a segurança e assim consignou na sua decisão:

2. Deve ser desde logo acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Prefeito do Município de São Paulo, o que afasta a competência deste Órgão Especial para o julgamento da ação.

(...)

Logo, é certo que o Prefeito do Município de São Paulo não praticou e não ordenou qualquer ato reputado coator, tampouco tem poder deliberativo sobre a nomeação pretendida pela impetrante. Indubitável, portanto, a sua ilegitimidade para figurar como autoridade coatora.

(...)

3. Inviável, ainda, a aplicação da teoria da encampação no presente caso, eis que conquanto tenha o impetrado também realizado a defesa da validade do ato considerado coator nas informações oferecidas nestes autos deslocar-se-ia, com a encampação, competência constitucionalmente definida para o conhecimento dessa questão, o que é vedado pela jurisprudência³.

(...)

4. Consequentemente, a alegada violação a direito da impetrante não foi cometida por qualquer das autoridades sujeitas à competência do Órgão Especial, arroladas no artigo 13, I, "a"5, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo RITJSP c.c. artigo 74, III 6, da Constituição Paulista, o que afasta a competência deste colegiado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tendo a demandante impetrado *writ* **exclusivamente** contra o Prefeito da Capital, a solução adequada é a extinção do feito sem resolução do mérito, de acordo com artigo 485, IV e VI, do Código de Processo Civil.

5. Ante o exposto, reconhecida a ilegitimidade passiva do Prefeito do Município de São Paulo, **denega-se a segurança** nos termos do artigo 6º, parágrafo 5º, da Lei 12.016/09, c. c. artigo 485, incisos IV e VI, do Código de Processo Civil. Custas *ex lege*, sem imposição de verba honorária, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/09, e das Súmulas 105 do Superior Tribunal de Justiça e 512 do Supremo Tribunal Federal. (fls. 387-396, grifei em itálico).

O parecer do *Parquet* Federal exarado pelo Subprocurador-Geral da República Brasilino Pereira dos Santos, às fls. 526-530, bem analisou a questão:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. CANDIDATA APROVADA DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL, EM CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE ESPECIALISTA EM SAÚDE – ENFERMEIRO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE SÃO PAULO. PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME ENCERRADO. ARGUIÇÃO DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. ENCAMPAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE. AUTORIDADE COATORA NÃO SUJEITA À COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO ESPECIAL. PARECER NO SENTIDO DO DESPROVIMENTO DO PRESENTE RECURSO.

(...)

No caso concreto, muito embora exista vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações (Prefeito do Município de São Paulo) e a que determinou a prática do ato (Secretaria Municipal de Saúde) e, também, a manifestação sobre o mérito das informações prestadas, ***falta, ainda, o preenchimento de um último requisito para que a encampação se opere: a ausência de modificação da competência jurisdicional.***

Nesse sentido, dispõe o art. 13 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Art. 13. Compete ao Órgão Especial:

I - processar e julgar, originariamente:

(...) c) os mandados de injunção em face da Constituição do Estado de São Paulo, quando atribuída a omissão ao Governador do Estado, à Mesa e ao Presidente da Assembleia Legislativa, ao Conselho Superior da Magistratura ou a qualquer de seus integrantes, ao Procurador-Geral de Justiça, **ao Prefeito da Capital**, à Mesa e ao Presidente da Câmara Municipal da Capital;" (grifamos)

Assim, a decisão recorrida, que extinguiu o processo sem resolução do mérito, em decorrência da ilegitimidade passiva, deve ser mantida, restando prejudicadas as demais questões suscitadas no presente recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

(...)

Ante o exposto, oficia o Ministério Público Federal no sentido do conhecimento e desprovimento do presente recurso. (grifei).

"A jurisprudência desta Corte firmou entendimento segundo o qual, a aplicação da teoria da encampação, que mitiga a indicação errônea da autoridade coatora em mandado de segurança, tem lugar quando presentes os seguintes requisitos: (i) vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e aquela que determinou a prática do ato; (ii) manifestação sobre o mérito nas informações prestadas, e; (iii) ausência de modificação na competência constitucionalmente estabelecida." (AgInt no RMS 39.158/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 11/5/2017) (grifei).

Verifico que não é cabível, *in casu*, a aplicação da Teoria da Encampação, pois haverá modificação da competência, tendo em vista que o Secretário Municipal de Saúde, autoridade coatora, não está sujeito à competência do Órgão Especial, conforme o Regimento Interno do Tribunal de origem.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. PROFESSORA APOSENTADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - A jurisprudência desta Corte firmou entendimento segundo o qual, a aplicação da teoria da encampação, que mitiga a indicação errônea da autoridade coatora em mandado de segurança, tem lugar quando presentes os seguintes requisitos: (i) vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e aquela que determinou a prática do ato; (ii) manifestação sobre o mérito nas informações prestadas, e; (iii) ausência de modificação na competência constitucionalmente estabelecida.

III - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IV - Agravo Interno improvido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(AgInt no RMS 39.158/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/05/2017) (grifei).

Diante do exposto, **nego provimento ao Recurso Ordinário.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0184341-6

RMS 54.827 / SP

Número Origem: 21848760320168260000

EM MESA

JULGADO: 21/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JAMILIA BARROS DA SILVA
ADVOGADO : GABRIEL SILVA FARIAS E OUTRO(S) - SP375655
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : HONORIO AMADEU NETO E OUTRO(S) - SP324587

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Concurso Público / Edital

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.