



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 19.227 - DF (2012/0205561-8)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
IMPETRANTE : BRUNO NÓBREGA LUIZ
ADVOGADO : JOÃO MOURA DA SILVA JÚNIOR
IMPETRADO : ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO
INTERES. : UNIÃO

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONTADOR DO QUADRO DE PESSOAL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. EXISTÊNCIA. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS NO EDITAL. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS EM NÚMERO SUFICIENTE PARA ALCANÇAR A CLASSIFICAÇÃO DO IMPETRANTE. PRAZO PARA IMPETRAÇÃO. FIM DA VALIDADE DO CERTAME. NOTIFICAÇÃO DOS DEMAIS CANDIDATOS MELHORES CLASSIFICADOS QUE O IMPETRANTE. DESNECESSIDADE. CONTRATAÇÃO DE NOVOS SERVIDORES. NECESSIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. COMPROVAÇÃO. REQUISICÃO DE SERVIDORES/EMPREGADOS PÚBLICOS. ABUSO. EXISTÊNCIA. RETROAÇÃO DOS EFEITOS DA NOMEAÇÃO À DATA DE EXPIRAÇÃO DA VALIDADE DO CONCURSO (29/6/12). IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. MANDAMUS UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE AÇÃO DE COBRANÇA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. REQUISITOS. PRESENÇA. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Para fins de impetração de mandado de segurança, entende-se por *Autoridade* "a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal" (MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* Mandado de Segurança e ações constitucionais. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 33).

2. O "término da validade do concurso marca o termo *a quo* da contagem do prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança dirigido contra ato omissivo da autoridade coatora, que se furtou em nomear o candidato no cargo para o qual fora aprovado" (AgRg no RMS 36.299/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 21/8/12).

3. Nos termos do art. 131, *caput*, da CRFB/88 c.c. 4º, I e XVII, e 49, § 2º, da Lei Complementar 73/93, é do Advogado-Geral da União a competência para promover a investidura de servidores



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em cargos públicos do quadro de pessoal da Advocacia-Geral da União, sendo irrelevante que a tenha delegado ao Secretário-Geral de Administração daquele órgão público pois, por estar autorizada pela referida lei complementar, torna-se inaplicável a regra contida no art. 14, § 1º, da Lei Ordinária 9.784/99.

4. A legitimidade passiva da Ministra de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão também encontra-se devidamente configurada, uma vez que, nos termos do art. 10 do Decreto 6.944, de 21/8/09, c.c. a Portaria/MPOG 350, de 4/8/10, cabe ao titular daquela Pasta autorizar o provimento dos cargos relativos ao concurso público ora sob análise.

5. Segundo o art. 3º, *caput*, da Lei 12.016/09, "O titular de direito líquido e certo **decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro** poderá impetrar mandado de segurança **a favor do direito originário**, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, **quando notificado judicialmente**" (Grifo nosso).

6. A regra contida no referido dispositivo é inaplicável à hipótese dos autos, uma vez que o eventual direito à nomeação do Impetrante **não decorre** do direito de terceiros. O direito dos candidatos à nomeação decorre do fato de terem sido aprovados no concurso público, na forma do art. 37, II, da Constituição Federal (redação da EC 19/98).

6. A ordem classificatória dos candidatos aprovados no concurso público corresponde a um critério utilizado pela Administração para organizar as nomeações, de modo a privilegiar aqueles em melhor posição relativa. Isso não significa que o direito à nomeação do candidato pior classificado dependa do direito daquele melhor classificado, o que significaria dizer, por exemplo, que, se o primeiro colocado não tomar posse por não ter a formação acadêmica exigida para o cargo público, ficariam impedidos os demais candidatos, o que não ocorre, como se sabe.

7. A regra contida no art. 3º da Lei 12.016/09 cuida de situações como aquelas narradas por FIRLY NASCIMENTO FILHO (*In* "Mandado de Segurança Individual e Coletivo: A Lei nº 12.016/2009 Comentada". Org. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p. 23), citando exemplos trazidos por Hugo de Brito Machado e Nelson e Rosa Nery, envolvendo ações judiciais movidas por contribuintes de fato questionando uma dada exação, tida como ilegal ou inconstitucional, ou do locatário a postular a ilegalidade ou inconstitucionalidade do IPTU, diante da inércia do locador.

8. Destarte, mostra-se irrelevante que o Impetrante ocupe a 7ª posição na lista de candidatos aprovados que aguardam nomeação para o cargo de Contador do quadro de pessoal da Advocacia-Geral da União, **mormente se considerado que o número de vagas para o referido cargo público é superior aos sete candidatos**.

9. É firme a jurisprudência desta Corte, respaldada pelo Supremo Tribunal Federal, "no sentido de que os candidatos classificados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em concurso público fora do número de vagas previstas no edital possuem mera expectativa de direito à nomeação, **apenas adquirindo esse direito caso haja comprovação do surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso público, bem como o interesse da Administração Pública em preenche-la**" (RMS 37.598/DF, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 24/9/12 – Grifo nosso).

10. Hipótese em que restou comprovado nos autos que, durante a validade do concurso público, surgiram 18 (dezoito) novas vagas do cargo de Contador no quadro de pessoal da Advocacia-Geral da União e, ainda, que a deficiência de pessoal naquele órgão, confessada pelo próprio Advogado-Geral da União, **tem sido suprida, de forma abusiva e, portanto, ilegal**, mediante a requisição de 37 (trinta e sete) Contadores oriundos de outros órgãos, dos quais pelo menos 10 (dez) ocorreram após a realização do mencionado certame. Nesse sentido, *mutatis mutandis*: (MS 18.881/DF, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, DJe 5/12/12).

11. "Os servidores públicos não têm direito adquirido à manutenção da forma de cálculo da remuneração, dado que não há direito adquirido a regime jurídico. Tampouco cabe falar em ofensa à garantia da irredutibilidade de vencimentos se preservado o valor nominal do total da remuneração do servidor" (AI 632.930 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, STF, Primeira Turma, DJe 20/2/13). Por conseguinte, se o próprio servidor público, apesar de investido em seu cargo, não pode amparar-se em um suposto direito líquido e certo a regime jurídico, muito menos aquele que sequer foi nomeado e empossado no cargo efetivo.

12. Nos termos da Súmula 269/STF, é vedada a utilização do mandado de segurança como sucedâneo de ação de cobrança.

13. Consoante entendimento jurisprudencial compartilhado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses de nomeação de candidatos aprovados em concurso público por força de decisão judicial, mostra-se inviável a retroação dos efeitos quanto ao período compreendido entre a data em que deveriam ter sido nomeados e a efetiva investidura no serviço público, para fins de pagamento de vencimentos atrasados ou, mesmo, de indenização. Nesse sentido: EREsp 1.117.974/RS, Rel. p/ Ac. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Corte Especial, DJe 19/12/11; REsp 508.477/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 6/8/07.

14. A vedação contida nos arts. 1º, § 3º, da Lei 8.437/92 e 1º da Lei 9.494/97, quanto à concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública nos casos de aumento ou extensão de vantagens a servidor público, não se aplica nas hipóteses em que o autor busca sua nomeação e posse em cargo efetivo, em razão da sua aprovação no concurso público. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.234.859/AM, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Primeira Turma, DJe 10/2/12.

15. "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a vedação de execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública restringe-se às hipóteses previstas no art. 2º-B da Lei 9.494/97, o que não é o caso dos autos, pois não há determinação de pagamentos pretéritos, mas apenas o pagamento pelo efetivo serviço prestado" (AgRg no REsp 1.259.941/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 19/12/12).

16. Hipótese em que se mostra possível a antecipação dos efeitos da tutela, uma vez que os requisitos do art. 273 do CPC encontram-se atendidos na espécie, a saber: (i) demonstração da verossimilhança do direito pleiteado, nos termos da fundamentação; (ii) a demora na nomeação do Impetrante impõe-lhe danos de difícil reparação, em virtude de não poder trabalhar e, por conseguinte, receber a devida contraprestação remuneratória pelo exercício do cargo; (iii) inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, porquanto o exercício provisório do cargo público, por força de antecipação dos efeitos da tutela, não assegura o direito à nomeação definitiva caso o pedido principal seja julgado improcedente.

17. Segurança parcialmente concedida a fim de reconhecer o direito do Impetrante de ser nomeado no cargo de Contador do quadro de pessoal da Advocacia-Geral da União, com todos os efeitos funcionais, pecuniários e previdenciários contados a partir da respectiva posse. Pedido de antecipação dos efeitos da tutela deferido, a fim de determinar às Autoridades Impetradas que, no âmbito de suas respectivas competências, promovam todas as medidas necessárias à imediata nomeação e posse do Impetrante, uma vez atendidas por este último as exigências legais para investidura do mencionado cargo público. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos da Súmula 105/STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Benedito Gonçalves, rejeitar a preliminar de ilegitimidade. No mérito, também por maioria, conceder parcialmente a segurança deferindo o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou vencido o Sr. Ministro Ari Pargendler que concedia a segurança em maior extensão. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.
Sustentou, oralmente, a Dra. EMILIANA ALVES LARA, pela União.

Brasília (DF), 13 de março de 2013 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 19.227 - DF (2012/0205561-8)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
IMPETRANTE : BRUNO NÓBREGA LUIZ
ADVOGADO : CAMILA CINTRA MOURA
IMPETRADO : ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO
INTERES. : UNIÃO

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por BRUNO NÓBREGA LUIZ contra suposto ato omissivo do ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO e da MINISTRA DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO, consubstanciado na sua não nomeação para o provimento do cargo de Contador no quadro de pessoal da Advocacia-Geral da União.

Narra o Impetrante, em síntese, que:

a) foi aprovado no concurso público regulado pelo Edital 01/10 da AGU – para preenchimento de 11 (onze) cargos de Contador no Quadro de Pessoal da Advocacia-Geral da União, assim como das vagas eventualmente surgidas durante a validade do concurso –, classificando-se na 31ª (trigésima-primeira) posição;

b) não obstante as nomeações houvessem alcançado o candidato classificado na 24ª (vigésima-quarta) posição, efetivamente apenas 11 (onze) vagas do cargo de Contador foram preenchidas, tendo em vista a desistência de 14 (quatorze) daqueles candidatos;

c) durante o período de validade do concurso, teriam surgido um total de 18 (dezoito) vagas para o referido cargo público, número mais do que suficiente para alcançar a posição classificatória do Impetrante, que seria o 7º (sétimo) excedente na lista de espera;

d) a necessidade de servidores restaria reconhecida pela própria Advocacia-Geral da União, uma vez que:

d.1) tem ela suprido a falta de nomeação de servidores efetivos de forma paliativa e irregular, mediante a requisição de servidores de outros órgãos, existindo em quadro de pessoal mais de 659 (seiscentos e cinquenta e nove) servidores em tal situação, todas elas posteriores à abertura do concurso público em que o Impetrante foi aprovado;

d.2) solicitou ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a ampliação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

50% do número de vagados do referido edital, por meio do Aviso 391/AGU, de 24/11/10, que deu origem ao Processo/MPOG nº 00.400.019635/2010-58; referida solicitação teria sido reiterada várias vezes, por meio dos Ofícios 60/SGAGU, de 6/6/11 e 74/SGAGU, de 8/7/11;

d.3) por força da Portaria 231, de 30/5/11, a AGU suspendeu pelo prazo de 90 (noventa) dias a concessão e prorrogação de licenças aos seus servidores, para tratamento de assuntos particulares, sob a justificativa de deficiência de servidores no quadro de pessoal;

e) tamanho seria o exagero do número de requisições que a SUSEP – Superintendência de Seguros privados ajuizou Reclamação junto ao TCU, em virtudes das despesas anuais referentes aos servidores de seu quadro cedidos à AGU e da recusa deste órgão em permitir o retorno dos servidores ao órgão de origem;

f) no acórdão 1571/2008, que julgou a Reclamação da SUSEP, o TCU recomendou à AGU que tomasse as seguintes providências:

f.1) empenho na adoção de providências tendentes ao suprimento de seu quadro de pessoal efetivo, a fim de deixar de se utilizar do instituto da requisição como forma de preenchimento permanente de seus quadros;

f.2) adoção de providências, até que fossem concedidas as autorizações legais para suprir a carência de servidores, no sentido de que as requisições fossem realizadas, via de regra, em caráter temporário, com prazo previamente determinado e sem identificação nominal do servidor, em observância aos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, de sorte que escolha recaia sobre o órgão cedente;

f.3) realização de levantamento quantitativo do número de servidores requisitados, com ônus para o órgão cedente, em cada uma das áreas de atuação, de modo a corrigir eventuais concentrações em poucos órgãos/entidades;

g) tais determinações não foram cumpridas pela AGU, na medida em que teria ela informado, nos autos do Procedimento Preparatório nº 1.16.000.000901/2011-47, a existência "de um quantitativo de 329 servidores cedidos para os cargos regidos pelo Edital nº 01/2010 AGU" (fl. 26e), dos quais 38 (trinta e oito) se tratariam de "Contadores cedidos para o cargo para o qual o Impetrante está classificado e é o 7º da lista" (fl. 27e);

h) tais cessões caracterizam ato ilegal de preterição, além de configurar fraude ao princípio da livre e isonômica acessibilidade dos cargos públicos;

i) considerando-se que o impacto financeiro decorrente da requisição de empregados de empresas públicas independentes, tais como a Caixa Econômica Federal, superior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

àquele decorrente da nomeação dos candidatos aprovados no certame, não se poderia falar em aumento de despesas ou falta de orçamento;

j) no total, segundo informado pela própria AGU no "Relatório de Gestão Consolidado da Secretaria-Geral de Administração (SGA)", em 31/12/11 existiam em seu quadro de pessoal um total de 2.492 (dois mil, quatrocentos e dois) servidores requisitados;

k) tais fatos teriam levado à instauração do Inquérito Civil Público nº 1.16.000.001337/2009-65, que resultou na Ação Civil Pública nº 83.2011.4.01.3400, no qual foi concedida liminar a fim de determinar "a exoneração, no prazo de 30 (trinta) dias, dos servidores cedidos que atuam na consultoria e assessoramento jurídicos dos órgãos do Poder Executivo e que não pertencem aos quadros da AGU" (fl. 31e);

l) vários veículos de imprensa teriam noticiado a intenção do Governo Federal em não nomear os candidatos aprovados em concurso público até que fosse aprovada a criação do Fundo de Previdência Complementar do Servidor Público – FUNPRESP, o que veio a ocorrer com o advento da Lei 12.618, de 2/5/12, e do efetivo início de suas atividades;

m) o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público dentro do número de vagas existentes, ainda que surgidas no período de validade do certame, é reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, mormente quando comprovado o interesse da Administração, como no caso concreto;

n) a insistência da Administração em manter no quadro de pessoal da AGU os servidores requisitados, em detrimento dos candidatos aprovados no certame, importaria em afronta não só ao art. 37, II, da Constituição Federal, que impõe a obrigatoriedade de concursos públicos para provimento de cargo ou emprego público efetivo, mas também ao art. 1º, § 1º, III, e § 2º, III, da Lei 6.944/09, que elenca as "medidas de fortalecimento da capacidade institucional" dos órgãos da Administração Pública Federal;

o) tal ilegalidade estaria causando-lhe prejuízos de ordem financeira, não apenas em virtude dos gastos despendidos em sua preparação para o concurso público, mas também em relação aos vencimentos que têm deixado de auferir, caso estivesse no exercício do cargo público cuja nomeação e posse pleiteada no presente *writ*, em montante que, ao tempo da impetração (25/9/11 – fl. 1e), seria superior a R\$ 70.000,00 (setenta mil reais).

A partir desses fatos, os quais seriam suficientes para demonstrar a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requer:

1) a concessão de liminar/tutela antecipada a fim de determinar à Autoridade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Impetrada, sob pena de multa, que proceda sua imediata nomeação e posse no cargo público para o qual foi aprovado em concurso público, nas mesmas regras vigentes em 29/6/12, data de expiração da validade do certame, caso seja nomeado após a criação do FUNPRESP e ocorra alteração das regras;

2) no mérito, a concessão da segurança, confirmando-se a liminar, de modo a também assegurar-lhe todos os direitos e benefícios referentes ao cargo de Contador, inclusive no que diz respeito aos efeitos de natureza pecuniários, estatutários e previdenciários, retroativamente a 29/6/12;

3) pagamento de indenização equivalente aos salários que deixou de perceber a partir da data limite em que deveria ter sido nomeado pela Administração, em 2011;

4) concessão do benefício da justiça gratuita;

5) condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios.

O pedido de justiça gratuita foi deferido (fl. 657e).

A liminar foi indeferida (fls. 666/667e).

Manifestação da UNIÃO à fl. 672e.

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO apresentou suas informações às fls. 679/693e, acompanhada de documentos (fls. 694/708e), deduzindo o seguinte:

1) ilegitimidade passiva *ad causam*, pois a nomeação para o cargo de Contador do Quadro de Pessoal da Advocacia-Geral da União "é de competência da Secretaria-Geral de Administração da Advocacia-Geral da União, que possui competência delegada para tanto, nos termos da Portaria AGU nº 611, de 16 de agosto de 2002", mormente porque "não houve ressalva de exercício da atribuição delegada no ato de delegação, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei nº 9.784/99" (fl. 682e);

2) diante da impossibilidade de um candidato em pior classificação ser nomeado *per saltum*, em detrimento a outro candidato melhor classificado, "a nomeação do Impetrante dependeria da nomeação de todos os candidatos mais bem classificados que ele, o que obstaria o acolhimento de sua pretensão" (fl. 684e), haja vista que não foi atendida a regra contida no art. 3º da Lei 12.016/09, no sentido de notificar os demais candidatos interessados.

3) o direito subjetivo à nomeação seria restrito aos candidatos aprovados dentro do número de vagas ofertadas no edital do concurso público, o que não teria ocorrido na espécie, uma vez que foram preenchidas todas as 11 (onze) vagas para o cargo de Contador previstas no edital do certame; quanto às vagas surgidas em momento posterior, remanesceria em favor da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Administração a discricionariedade quanto ao momento de preenchê-las, como teria sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 598.099/MS (Rel. Min. GILMAR MENDES, Informativo nº 635);

4) "eventuais cessões e requisições não são equiparáveis a contratações precárias para fins de surgimento de direito subjetivo à nomeação" (fl. 689e), como decido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RMS 23.962, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 5/5/08;

5) a nomeação do Impetrante dependeria de autorização do Ministério de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, nos termos da Portaria/MPOG 350, de 4/8/10, que, por sua vez, encontra-se em consonância com o art. 10 do Decreto 6.944, de 21/8/09, que delega ao MPOG a competência para decidir sobre o provimento de cargos públicos e autorizar as respectivas nomeações dos candidatos aprovados, fato este reconhecido pelo TCU no Acórdão 1.571/2008 – Plenário, citado pelo Impetrante, e corroborado nas diversas manifestações da AGU junto ao MPOG pleiteando autorização para ampliar o número de nomeações;

6) na eventualidade de acolhimento da pretensão do Impetrante, sua nomeação não poderia ter efeitos pretéritos, a teor do que dispõem as Súmulas 269 e 271/STF e o entendimento firmado pela Corte Especial deste Superior Tribunal, no julgamento do ERESP 1.117.974, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe de 19/12/11.

A MINISTRA DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO também apresentou informações (fls. 712/719e), acompanhada de documentos (fls. 720/725e), em que argui o seguinte:

1) ilegitimidade passiva *ad causam*, "eis que inexistente ato omissivo ou comissivo por parte da referida autoridade capaz de contrariar direito líquido e certo do impetrante", em especial porque "o Impetrante não consegue apontar correlação entre sua alegada preterição e qualquer ato de responsabilidade da Ministra [daquela] pasta" (fl. 715e);

2) inexistência de prova pré-constituída da existência do direito líquido e certo supostamente ameaçado por ato do MPOG, uma vez que:

2.1.) o Impetrante não se classificou dentro do número de vagas previstas no edital do concurso público;

2.2) o prazo de validade do certame expirou-se em 29/6/12, antes da impetração do presente mandado de segurança;

3) por meio da Nota Informativa nº 328/2012/DEPEF/SEGEP-MP, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Departamento de Planejamento das Estruturas e da Força de Trabalho da Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão informou que:

3.1) além das 11 (onze) vagas originalmente previstas no Edital do concurso ao qual se submeteu o ora Impetrante, foi autorizado o preenchimento de outros 3 (três) cargos de Contador; entretanto, "não houve solicitação do órgão interessado em relação ao preenchimento das vacâncias", sendo certo, outrossim, que, "ainda que fossem providas tais vacâncias, tal provimento não atingiria o Impetrante que foi classificado na 31ª colocação no certame em tela" (fl. 718e);

3.2) expirado o certame em 29/6/12, não tem "mais como a Administração Pública [...] realizar qualquer provimento em relação ao concurso em tela" (fl. 718e);

3.3) o direito subjetivo à nomeação não se estenderia ao Impetrante, uma vez que não foi ele aprovado dentro do número de vagas ofertadas no edital, inexistindo, por outro lado, obrigatoriedade de preenchimento das criadas em momento posterior.

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO, opinou pela parcial concessão da segurança somente para seja reconhecido o direito do Impetrante à nomeação no cargo público pretendido (fls. 728/740e).

Na petição de fls. 743/746e, o Impetrante traz à colação precedentes da Primeira Seção deste Superior Tribunal, em que, no julgamento de casos análogos aos dos autos, foi reconhecido o direito à nomeação dos candidatos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 19.227 - DF (2012/0205561-8)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONTADOR DO QUADRO DE PESSOAL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. EXISTÊNCIA. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS OFERTADAS NO EDITAL. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS EM NÚMERO SUFICIENTE PARA ALCANÇAR A CLASSIFICAÇÃO DO IMPETRANTE. PRAZO PARA IMPETRAÇÃO. FIM DA VALIDADE DO CERTAME. NOTIFICAÇÃO DOS DEMAIS CANDIDATOS MELHORES CLASSIFICADOS QUE O IMPETRANTE. DESNECESSIDADE. CONTRATAÇÃO DE NOVOS SERVIDORES. NECESSIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. COMPROVAÇÃO. REQUISICÃO DE SERVIDORES/EMPREGADOS PÚBLICOS. ABUSO. EXISTÊNCIA. RETROAÇÃO DOS EFEITOS DA NOMEAÇÃO À DATA DE EXPIRAÇÃO DA VALIDADE DO CONCURSO (29/6/12). IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. MANDAMUS UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE AÇÃO DE COBRANÇA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. REQUISITOS. PRESENÇA. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Para fins de impetração de mandado de segurança, entende-se por *Autoridade* "a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal" (MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* Mandado de Segurança e ações constitucionais. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 33).
2. O "término da validade do concurso marca o termo *a quo* da contagem do prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança dirigido contra ato omissivo da autoridade coatora, que se furtou em nomear o candidato no cargo para o qual fora aprovado" (AgRg no RMS 36.299/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 21/8/12).
3. Nos termos do art. 131, *caput*, da CRFB/88 c.c. 4º, I e XVII, e 49, § 2º, da Lei Complementar 73/93, é do Advogado-Geral da União a competência para promover a investidura de servidores em cargos públicos do quadro de pessoal da Advocacia-Geral da União, sendo irrelevante que a tenha delegado ao Secretário-Geral de Administração daquele órgão público pois, por estar autorizada pela referida lei complementar, torna-se inaplicável a regra contida no art. 14, § 1º, da Lei Ordinária 9.784/99.
4. A legitimidade passiva da Ministra de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão também encontra-se devidamente configurada, uma vez que, nos termos do art. 10 do Decreto 6.944, de 21/8/09, c.c. a Portaria/MPOG 350, de 4/8/10, cabe ao titular daquela Pasta autorizar o provimento dos cargos relativos ao concurso público ora sob análise.
5. Segundo o art. 3º, *caput*, da Lei 12.016/09, "O titular de direito líquido e certo **decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poderá impetrar mandado de segurança **a favor do direito originário**, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, **quando notificado judicialmente**" (Grifo nosso).

6. A regra contida no referido dispositivo é inaplicável à hipótese dos autos, uma vez que o eventual direito à nomeação do Impetrante **não decorre** do direito de terceiros. O direito dos candidatos à nomeação decorre do fato de terem sido aprovados no concurso público, na forma do art. 37, II, da Constituição Federal (redação da EC 19/98).

6. A ordem classificatória dos candidatos aprovados no concurso público corresponde a um critério utilizado pela Administração para organizar as nomeações, de modo a privilegiar aqueles em melhor posição relativa. Isso não significa que o direito à nomeação do candidato pior classificado dependa do direito daquele melhor classificado, o que significaria dizer, por exemplo, que, se o primeiro colocado não tomar posse por não ter a formação acadêmica exigida para o cargo público, ficariam impedidos os demais candidatos, o que não ocorre, como se sabe.

7. A regra contida no art. 3º da Lei 12.016/09 cuida de situações como aquelas narradas por FIRLY NASCIMENTO FILHO (*In* "Mandado de Segurança Individual e Coletivo: A Lei nº 12.016/2009 Comentada". Org. Alúcio Gonçalves de Castro Mendes. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p. 23), citando exemplos trazidos por Hugo de Brito Machado e Nelson e Rosa Nery, envolvendo ações judiciais movidas por contribuintes de fato questionando uma dada exação, tida como ilegal ou inconstitucional, ou do locatário a postular a ilegalidade ou inconstitucionalidade do IPTU, diante da inércia do locador.

8. Destarte, mostra-se irrelevante que o Impetrante ocupe a 7ª posição na lista de candidatos aprovados que aguardam nomeação para o cargo de Contador do quadro de pessoal da Advocacia-Geral da União, **mormente se considerado que o número de vagas para o referido cargo público é superior aos sete candidatos**.

9. É firme a jurisprudência desta Corte, respaldada pelo Supremo Tribunal Federal, "no sentido de que os candidatos classificados em concurso público fora do número de vagas previstas no edital possuem mera expectativa de direito à nomeação, **apenas adquirindo esse direito caso haja comprovação do surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso público, bem como o interesse da Administração Pública em preenche-la**" (RMS 37.598/DF, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 24/9/12 – Grifo nosso).

10. Hipótese em que restou comprovado nos autos que, durante a validade do concurso público, surgiram 18 (dezoito) novas vagas do cargo de Contador no quadro de pessoal da Advocacia-Geral da União e, ainda, que a deficiência de pessoal naquele órgão, confessada pelo próprio Advogado-Geral da União, **tem sido suprida, de forma abusiva e, portanto, ilegal**, mediante a requisição de 37 (trinta e sete) Contadores oriundos de outros órgãos, dos quais pelo menos 10 (dez) ocorreram após a realização do mencionado certame. Nesse sentido, *mutatis mutandis*: (MS 18.881/DF, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, DJe 5/12/12).

11. "Os servidores públicos não têm direito adquirido à manutenção da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

forma de cálculo da remuneração, dado que não há direito adquirido a regime jurídico. Tampouco cabe falar em ofensa à garantia da irredutibilidade de vencimentos se preservado o valor nominal do total da remuneração do servidor" (AI 632.930 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, STF, Primeira Turma, DJe 20/2/13). Por conseguinte, se o próprio servidor público, apesar de investido em seu cargo, não pode amparar-se em um suposto direito líquido e certo a regime jurídico, muito menos aquele que sequer foi nomeado e empossado no cargo efetivo.

12. Nos termos da Súmula 269/STF, é vedada a utilização do mandado de segurança como sucedâneo de ação de cobrança.

13. Consoante entendimento jurisprudencial compartilhado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses de nomeação de candidatos aprovados em concurso público por força de decisão judicial, mostra-se inviável a retroação dos efeitos quanto ao período compreendido entre a data em que deveriam ter sido nomeados e a efetiva investidura no serviço público, para fins de pagamento de vencimentos atrasados ou, mesmo, de indenização. Nesse sentido: EREsp 1.117.974/RS, Rel. p/ Ac. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Corte Especial, DJe 19/12/11; REsp 508.477/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 6/8/07.

14. A vedação contida nos arts. 1º, § 3º, da Lei 8.437/92 e 1º da Lei 9.494/97, quanto à concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública nos casos de aumento ou extensão de vantagens a servidor público, não se aplica nas hipóteses em que o autor busca sua nomeação e posse em cargo efetivo, em razão da sua aprovação no concurso público. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.234.859/AM, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJe 10/2/12.

15. "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a vedação de execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública restringe-se às hipóteses previstas no art. 2º-B da Lei 9.494/97, o que não é o caso dos autos, pois não há determinação de pagamentos pretéritos, mas apenas o pagamento pelo efetivo serviço prestado" (AgRg no REsp 1.259.941/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 19/12/12).

16. Hipótese em que se mostra possível a antecipação dos efeitos da tutela, uma vez que os requisitos do art. 273 do CPC encontram-se atendidos na espécie, a saber: (i) demonstração da verossimilhança do direito pleiteado, nos termos da fundamentação; (ii) a demora na nomeação do Impetrante impõe-lhe danos de difícil reparação, em virtude de não poder trabalhar e, por conseguinte, receber a devida contraprestação remuneratória pelo exercício do cargo; (iii) inexiste perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, porquanto o exercício provisório do cargo público, por força de antecipação dos efeitos da tutela, não assegura o direito à nomeação definitiva caso o pedido principal seja julgado improcedente.

17. Segurança parcialmente concedida a fim de reconhecer o direito do Impetrante de ser nomeado no cargo de Contador do quadro de pessoal da Advocacia-Geral da União, com todos os efeitos funcionais, pecuniários e previdenciários contados a partir da respectiva posse. Pedido de antecipação dos efeitos da tutela deferido, a fim de determinar às Autoridades



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Impetradas que, no âmbito de suas respectivas competências, promovam todas as medidas necessárias à imediata nomeação e posse do Impetrante, uma vez atendidas por este último as exigências legais para investidura do mencionado cargo público. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos da Súmula 105/STJ.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

Como relatado, trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por BRUNO NÓBREGA LUIZ contra suposto ato omissivo do ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO e da MINISTRA DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO, consubstanciado na sua não nomeação para o provimento do cargo de Contador no quadro de pessoal da Advocacia-Geral da União.

Diante do grande número de questões a serem apreciadas, o presente voto segue estruturado em tópicos, para sua adequada compreensão.

1. PRELIMINARES

1.1. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO: EXISTÊNCIA.

Como cediço, para fins de impetração de mandado de segurança, entende-se por *Autoridade* "a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal" (MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* Mandado de Segurança e ações constitucionais. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 33).

Nos termos do art. 131, *caput*, da Constituição Federal, as disposições acerca de organização e funcionamento da Advocacia-Geral da União deve ser regulamentada por meio de lei complementar. Confira-se:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em cumprimento ao mencionado dispositivo constitucional, foi promulgada a Lei Complementar 73, de 10/2/93 (que "Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências"), na qual expressamente reconhece em favor do AVOGADO-GERAL DA UNIÃO, por meio de delegação da Presidência da República, competência para a nomeação de servidores no quadro de servidores da Advocacia-Geral da União. *In verbis*:

Art. 3º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:

I - dirigir a Advocacia-Geral da União, superintender e coordenar suas atividades e orientar-lhe a atuação;

XVI - homologar os concursos públicos de ingresso nas Carreiras da Advocacia-Geral da União;

XVII - **promover a lotação e a distribuição dos Membros e servidores, no âmbito da Advocacia-Geral da União;**

XVIII - editar e praticar os atos normativos ou não, inerentes a suas atribuições;

Art. 45. O Regimento Interno da Advocacia-Geral da União é editado pelo Advogado-Geral da União, observada a presente lei complementar.

§ 1º O Regimento Interno deve dispor sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Corregedoria-Geral da Advocacia da União, da Procuradoria-Geral da União, da Consultoria-Geral da União, das Consultorias Jurídicas, do Gabinete do Advogado-Geral da União e dos Gabinetes dos Secretários-Gerais, do Centro de Estudos, **da Diretoria-Geral de Administração e da Secretaria de Controle Interno, bem como sobre as atribuições de seus titulares e demais integrantes.**

Art. 49. São nomeados pelo Presidente da República:

I - mediante indicação do Advogado-Geral da União, os titulares dos cargos de natureza especial de Corregedor-Geral da Advocacia da União, de Procurador-Geral da União, de Consultor-Geral da União, de Secretário-Geral de Contencioso e de Secretário-Geral de Consultoria, como os titulares dos cargos em comissão de Corregedor-Auxiliar, de Procurador Regional, de Consultor da União, de Procurador-Chefe e de Diretor-Geral de Administração;

II - mediante indicação do Ministro de Estado, do Secretário-Geral ou titular de Secretaria da Presidência da República, ou do Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, os titulares dos cargos em comissão de Consultor Jurídico;

III - mediante indicação do Ministro de Estado da Fazenda, o titular do cargo de natureza especial de Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

§ 1º São escolhidos dentre os membros efetivos da Advocacia-Geral da União o Corregedor-Geral, os Corregedores-Auxiliares, os Procuradores Regionais e os Procuradores-Chefes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 2º O Presidente da República pode delegar ao Advogado-Geral da União competência para prover, nos termos da lei, os demais cargos, efetivos e em comissão, da instituição.

Por sua vez, o ADOVADO-GERAL DA UNIÃO, utilizando-se das prerrogativas constantes nos arts. 4º, I, e 45, § 1º, parte final, do mencionado diploma legal, por meio da Portaria 51, de 21/2/13, revogou a Portaria 611, de 16/8/02, e aprovou o Regimento Interno da Secretaria-Geral de Administração, nos seguintes termos:

PORTARIA Nº 51, DE 21 DE FEVEREIRO DE 2013

Aprova o Regimento Interno da Secretaria-Geral de Administração.

O ADOVADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os arts. 4º, inciso XIV, e 45, caput, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e o art. 5º do Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, alterado pelo Decreto nº 7.526, de 15 de julho de 2011, tendo em vista o disposto no §§ 1º a 3º do art. 45 da Lei Complementar nº 73, de 1993, e nos arts. 2º IV, alínea "a", 30, 31, 32, 42 e 43 do Anexo I do Decreto nº 7.392, de 2010, resolve:

Art. 1º Aprovar o Regimento Interno da Secretaria-Geral de Administração, na forma do Anexo a esta PORTARIA.

Art. 2º Esta PORTARIA entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Fica revogada a PORTARIA AGU nº 611, de 16 de agosto de 2002.

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS

No referido regimento interno verifica-se que foi delegado ao Secretário-Geral de Administração a competência para a nomeação de servidores daquele órgão. *In verbis*:

Art. 44. Ao Secretário-Geral de Administração incumbe:

.....

XIII - praticar, em relação a titulares de cargos efetivos, excetuados os de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional e Procurador Federal, **atos de nomeação**, posse, exercício, lotação, vacância, promoção, progressão, readaptação, reversão, reintegração, recondução, remoção e interrupção de férias e homologação do estágio probatório;

Nesse contexto, é de rigor o reconhecimento da legitimidade passiva *ad causam* do ADOVADO-GERAL DA UNIÃO, tendo em vista que detém ele competência para nomear o Impetrante, sendo irrelevante se ela foi transferida, por sua vez, ao Secretário-Geral daquele órgão por meio do Regimento Interno.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Impende ressaltar, outrossim, que não se olvida que, nos termos do art. 1º c.c 14, § 1º, da Lei 9.784/99 (que "Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal"), é possível que dada Autoridade Pública Federal, no desempenho de suas funções administrativas, detêm faculdade de delegar parte de suas atribuições com ou sem ressalvas do exercício daquelas. Confira-se:

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

§ 1º. Os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa.

.....
Art. 14. O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial.

§ 1º O ato de delegação especificará as matérias e poderes transferidos, os limites da atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação e o recurso cabível, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada.

§ 2º O ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante.

Ocorre que o referido diploma legal, por se tratar de lei federal, não tem aplicação ao caso concreto, uma vez que, repita-se, nos termos do art. 131, *caput*, da Constituição da República, a organização e funcionamento da Advocacia-Geral da União deve ser regulamentada por meio de lei complementar.

Destarte, **afasto** essa preliminar.

1.2. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA MINISTRA DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO: EXISTÊNCIA.

A legitimidade passiva da titular do MPOG encontra-se devidamente configurada, uma vez que, nos termos do art. 10 do Decreto 6.944, de 21/8/09, c.c. a Portaria/MPOG 350, de 4/8/10, compete-lhe autorizar o provimento dos cargos relativos ao concurso público ora sob análise.

Assim, **rejeito** essa preliminar.

1.3. CONCURSO. CANDIDATOS NÃO NOMEADOS. FIM DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. TERMO INICIAL DO PRAZO PARA IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Também não há falar em impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o "término da validade do concurso marca o termo *a quo* da contagem do prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança dirigido contra ato omissivo da autoridade coatora, que se furtou em nomear o candidato no cargo para o qual fora aprovado" (AgRg no RMS 36.299/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 21/8/12).

De fato, considerando-se que dentro do prazo de validade do certame o momento de nomeação dos candidatos aprovados no certame encontra-se na seara de discricionariedade da Administração, apenas com o fim do prazo de validade do concurso sem a nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas existentes é que estes passam a ter um interesse jurídico passível de ser pleiteado na esfera judicial.

Afasto a preliminar.

1.4. CANDIDATOS MELHORES CLASSIFICADOS QUE O IMPETRANTE. NOTIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE. ART. 3º, *CAPUT*, DA LEI 12.016/09. INAPLICABILIDADE.

Dispõe o art. 3º da Lei 12.016/09 que:

Art. 3º. O titular de direito líquido e certo **decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro** poderá impetrar mandado de segurança **a favor do direito originário**, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, **quando notificado judicialmente**.

Parágrafo único. O exercício do direito previsto no **caput** deste artigo submete-se ao prazo fixado no art. 23 desta Lei, contado da notificação.

.....
Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

Verifica-se desse dispositivo que a hipótese ali prevista é diversa daquela debatida no presente mandado de segurança, uma vez que o eventual direito à nomeação do Impetrante **não decorre** do direito de terceiros, ainda que estes seja os demais candidatos do certame, aprovados em melhor classificação, que também aguardam sua nomeação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O direito de todos os candidatos decorre no mero fato de terem sido considerados aprovados no concurso público, como se pode extrair do art. 37, II, da Constituição Federal (redação da EC 19/98), *in verbis*:

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:

.....
II - a investidura em cargo ou emprego público **depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos**, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

A ordem classificatória, pode-se dizer assim, corresponde a um critério utilizado pela Administração para organizar as nomeação dos candidatos aprovados no certame, de modo a privilegiar aqueles em melhor posição relativa. Isso não significa que o direito à nomeação do candidato pior classificado dependa do direito daquele melhor classificado, o que significaria dizer, por exemplo, que, se o primeiro colocado não tomar posse por não ter a formação acadêmica exigida para o cargo público, ficariam impedidos os demais candidatos, o que não ocorre, como se sabe.

Tem-se, assim, que a regra contida no art. 3º da Lei 12.016/09 cuida de situações como aquelas narradas por FIRLY NASCIMENTO FILHO, citando exemplos trazidos por Hugo de Brito Machado e Nelson e Rosa Nery, envolvendo ações judiciais movidas por contribuintes de fato questionando uma dada exação, tida como ilegal ou inconstitucional, ou do locatário a postular a ilegalidade ou inconstitucionalidade do IPTU, diante da inércia do locador (*In "Mandado de Segurança Individual e Coletivo: A Lei nº 12.016/2009 Comentada"*. Org. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p. 23).

Destarte, mostra-se irrelevante que o Impetrante ocupe a 7ª posição na lista de candidatos aprovados que aguardam nomeação para o cargo de Contador do quadro de pessoal da Advocacia-Geral da União, **mormente se considerado que o número de vagas para o referido cargo público é superior aos sete candidatos.**

Assim, **afasto** essa preliminar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. MÉRITO

2.1. CANDIDATOS CLASSIFICADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DO CERTAME. NOVAS VAGAS. SURGIMENTO. INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DE NECESSIDADE.

É firme a jurisprudência desta Corte, respaldada pelo Supremo Tribunal Federal, "no sentido de que os candidatos classificados em concurso público fora do número de vagas previstas no edital possuem mera expectativa de direito à nomeação, apenas adquirindo esse direito caso haja comprovação do surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso público, bem como o interesse da Administração Pública em preenche-la" (RMS 37.598/DF, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 24/9/12). Nesse mesmo sentido, cito o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS NO DECORRER DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. CARGOS OCUPADOS EM CARÁTER PRECÁRIO. PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. A orientação jurisprudencial desta Corte Superior reconhece a existência de direito líquido e certo à nomeação de candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital. Por outro lado, eventuais vagas criadas/surgidas no decorrer da vigência do concurso público, por si só, geram apenas mera expectativa de direito ao candidato aprovado em concurso público, pois o preenchimento das referidas vagas está submetido à discricionariedade da Administração Pública.

2. Entretanto, tal expectativa de direito é transformada em direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado se, no decorrer do prazo de validade do edital, houver a contratação precária de terceiros para o exercício dos cargos vagos, salvo situações excepcionais plenamente justificadas pela Administração, de acordo com o interesse público.

3. Efetivamente, esta Corte Superior, inclusive em precedentes da minha relatoria (RMS 34.095/BA), entendia pela inexistência de direito adquirido dos candidatos aprovados em relação a eventuais novas vagas que surgirem no prazo de validade do certame, caracterizando a investidura ato discricionário da Administração Pública, tampouco direito líquido e certo.

4. Todavia, em recente julgamento (Informativo n. 622/2011), o Supremo Tribunal Federal proclamou entendimento diverso.

5. Ademais, conforme ressaltou o Min. Napoleão Nunes Maia em caso idêntico, "a Administração não pode, i.g., providenciar recrutamento de Servidores através de contratação precária para exercer as mesmas funções do cargo para o qual ainda existam candidatos aprovados aguardando a nomeação", e logo adiante conclui, "tal direito subjetivo tem fundamento na constatação da existência de vaga em aberto e da premente necessidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pessoal apto a prestar o serviço atinente ao cargo em questão" (RMS 29.145/RS, DJe 1º.2.2011).

6. Portanto, no caso concreto, é manifesto que a designação de servidores públicos de seus quadros, ocupantes de cargos diversos, para exercer a mesma função de candidatos aprovados em certame dentro do prazo de validade, transforma a mera expectativa em direito líquido e certo, em flagrante preterição a ordem de classificação dos candidatos aprovados em concurso público.

7. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 1398319/ES, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 9/3/12)

Embora referido precedente faça remissão à "contratação precária de terceiros para o exercício dos cargos vagos", tal hipótese não é a única capaz de gerar o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público, dentro do número de vagas indicadas no edital ou daquelas que surgiram durante a validade do certame.

Acresça-se que, se é certo que tais contratações precárias não se equiparam às requisições de servidores de outros órgãos públicos, também é certo que tais requisições devem ser realizadas de forma pontual, temporária, atendendo aos princípios da moralidade administrativa e da razoabilidade. Em outros termos, **não pode ser tolerado o abuso da administração na requisição de servidores ou empregados públicos para ocuparem vagas destinadas à servidores efetivos do órgão requisitante, em detrimento aos candidatos aprovados em concurso público.**

Com efeito, a Suprema Corte já se manifestou no sentido de que a cessão/requisição de servidores deve ter natureza temporária, excepcional, por não se tratar de forma de preenchimento permanente dos quadros funcionais dos órgãos e entidades cessionários, cujos cargos devem ser providos por meio de concurso público. Nesse sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INTERESSE PROCESSUAL DO IMPETRANTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. SERVIDORES REQUISITADOS. LIMITAÇÃO TEMPORAL. ART. 4º DA LEI N. 6.999/82. RESOLUÇÃO N. 21.413 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. DIREITO ADQUIRIDO. INOCORRÊNCIA. HIERARQUIA ENTRE AS NORMAS.

.....
3. A requisição de servidores públicos para serventias eleitorais **justifica-se pelo acúmulo ocasional de serviço verificado no órgão cujo quadro funcional não esteja totalmente estruturado ou em número**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficiente. Trata-se de procedimento emergencial, que reclama utilização parcimoniosa, sem a finalidade de eternizar o vínculo dos requisitados com o órgão para o qual foram cedidos. Daí a limitação temporal prevista no caput do art. 4º da Lei n. 6.999/82.

.....
5. Segurança denegada. (MS 25.195, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJ 5/8/05 – Grifo nosso)

Dessa forma, o eventual direito dos candidatos não nomeados vincula-se à comprovação dos seguintes requisitos, a saber: 1) aprovação dentro do número de vagas previstas no edital; ou 2) caso tenham sido classificados em posição que exceda o número de vagas do edital, comprovem: a) surgimento de novas vagas; b) necessidade da Administração em preenchê-las; c) ocorrência de contratação precária de terceiros para ocuparem as referidas vagas; ou d) abuso da Administração na requisição de servidores ou empregados públicos de outros órgãos públicos.

Estabelecidas tais premissas, passo ao exame do caso concreto.

2.2. DA EXISTÊNCIA DE VAGAS DO CARGO DE CONTADOR EM NÚMERO SUPERIOR À POSIÇÃO DO IMPETRANTE NA LISTA DE ESPERA PARA NOMEAÇÃO.

A partir da leitura dos documentos de fls. 705/707e, que acompanharam as informações prestadas pelo ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, e 721/725e, trazidos aos autos juntamente com as informações da MINISTRA DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO, é possível aferir que:

1) o Impetrante fora classificado em 31ª (trigésimo-primeiro) lugar para o cargo de Contador do quadro de pessoal da AGU, após aprovação no concurso público regido pelo EDITAL/SGAGU nº 1, de 28/4/10;

2) por meios das Portarias 350/MPOG, D.O.U de 6/8/10, 425/MPOG, D.O.U de 6/10/11 e 99/MPOG, D.O.U. de 20/3/12, foi autorizado o provimento de 15 (quinze) vagas de Contador do quadro de pessoal da AGU, das quais 11 (onze) referiam-se àqueles originalmente previstas no EDITAL/SGAGU nº 1, de 28/4/10, e outras 4 (quatro), "com a finalidade de suprir vacâncias e desistências originadas do próprio concurso vigente, ou seja, referentes ao concurso autorizado pela Portaria nº 183/2010" (fl. 721e);

3) levando-se em consideração todas as nomeações realizadas para o cargo de Contador, o último candidato nomeado ocupava a 24ª posição na lista de aprovados, estando o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Impetrante a ocupar a 7ª (sétima) posição na lista de candidatos que aguardam autorização do MPOG para nomeação;

Por sua vez, o Impetrante instruiu a petição inicial com cópias do D.O.U. do período de 18/5/10 a 13/6/12 (fls. 188/205e), onde constam a publicação de Portarias da Secretaria-Geral de Administração da AGU dando conta da vacância de outros 18 (dezoito) cargos de Contador no quadro de pessoal daquele órgão.

A partir do cotejo desses documentos, conclui-se que essas 18 (dezoito) vagas não dizem respeito àquelas cujos provimentos haviam sido autorizados pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Ou, em outros termos, **em 29/6/12, quando terminou o prazo de validade do concurso público disciplinado pelo EDITAL/SGAGU nº 1, de 28/4/10, ainda existiam pelo menos 18 (dezoito) cargos de Contador não preenchidos.**

Assim, resta comprovada a existência de vagas de Contador (18) em número superior à classificação do Impetrante (7ª).

2.3. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES. NECESSIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. OCORRÊNCIA. REQUISIÇÃO DE SERVIDORES/EMPREGADOS PÚBLICOS. ABUSO. EXISTÊNCIA.

A necessidade de preenchimento dos cargos vagos de Contador do quadro de pessoal da Advocacia-Geral da União foi confessada pelo próprio titular daquele órgão, ao admitir em suas informações que, em 24/11/10, encaminhou ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão o Aviso/AGU 391, no qual pleiteou a ampliação em 50% das vagas remanescentes, "em caráter emergencial, tendo em vista a enorme carência de servidores técnicos- administrativos [naquela] instituição" (fl. 708e).

Essa informação é corroborada pela cópia do Ofício 116/2011, expedido pela Secretaria-Geral da Advocacia-Geral da União, em 18/11/11, acompanhada de outros documentos (fls. 123/133e), em que esta informa que então existiam 37 (trinta e sete) servidores de outros órgão públicos, ocupantes de cargo de contador, cedidos/requisitados para o quadro de pessoal daquele órgão.

Da mesma forma, os documentos de fls. 526/631e, extraídos do Portal da Transparência da Presidência da República, disponibilizado na *internet*, **dão conta da existência de ao menos 37 (trinta e sete) contadores requisitados pela Advocacia-Geral da União de outros órgãos da Administração.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse ponto, registre-se que, conforme planilha fornecida pela Secretaria-Geral de Administração da Advocacia-Geral da União, que instruiu o já mencionado Ofício 116/2011 (fls. 133/134e), as requisições desses Contadores são antigas, senão vejamos:

Data do início da Requisição	Número de servidores requisitos
1996	1
1997/2003	0
2004	4
2005	2
2006	2
2007	1
2008	9
2009	8
2010	8
2011	2
TOTAL	37

Verifica-se, destarte, que a situação irregular há muito vem se alongando no tempo, tornando-se ainda mais grave a partir do momento em que **as requisições de servidores continuaram a ser realizadas mesmo quando já existiam candidatos aprovados em concurso público, aguardando nomeação, para as vagas de Contador.**

Acresça-se, por fim, que tal situação não passou desapercibida pelo Tribunal de Contas da União, que, ao julgar a Representação TC nº 003.402/2005-1 (Rel. Min. MARCOS VINÍCIOS VILAÇA, Plenário, julgado em 6/8/08), reconheceu que o grande número de requisições de servidores e empregados públicos realizada pela Advocacia-Geral da União devem-se, efetivamente, à carência de pessoal, mormente porque ainda não obteve junto ao MPOG autorização para criar 2.220 (dois mil, duzentos e vinte) cargos de analista e 1.400 (mil e quatrocentos) cargos de técnico. Confira-se, por oportuno, o seguinte trecho do voto-condutor do referido julgado (fls. 149/150e):

8. Por meio de aviso datado de 3/10/2006, o Advogado-Geral da União ponderou que todos os servidores de apoio e muitos da área jurídica foram, no início, requisitados ou cedidos, pois a antiga Consultoria-Geral da República contava com apenas 16 servidores no seu quadro e a nova instituição tinha que funcionar imediatamente em todo o território nacional. A ausência de servidores de apoio próprios vigorou até 2/7/2002, ocasião em que a Lei nº 10.480/2002 integrou os requisitados/cedidos ao quadro de pessoal da AGU, mas, mesmo assim, o quantitativo era insuficiente, situação que ainda perdurava e para a qual os dirigentes vêm buscando solução desde 2003.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aquele órgão tem ciência de que as requisições são, por natureza, temporárias e devem ser usadas “pelo tempo necessário ao atendimento do interesse público específico e pontual”, como afirmado pelo Ministério Público junto ao TCU, e, exatamente porque permanece o interesse público motivador das requisições efetuadas, a AGU ainda as mantém.

9. Pela Exposição de Motivos nº 12/2003, a AGU deu andamento às tratativas para obtenção de autorização legal para implantação do seu Plano de Carreira Técnico-Administrativa, o qual ainda se encontrava em análise no Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com previsão de criação de 2.220 cargos de analista e 1.400 de técnico.

.....
14. Todavia, a solução para a questão da carência de pessoal na AGU não depende apenas de sua atuação, já que a criação de cargos somente pode dar-se por meio de edição de lei específica, ficando o provimento das novas vagas que porventura vierem a ser criadas sujeito à prévia autorização do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para realização do concurso público pertinente.

Nesse diapasão, é de rigor o reconhecimento de que **efetivamente há, por parte da Administração, necessidade de preenchimento dos cargos vagos de Contador** existentes no quadro de pessoal da Advocacia-Geral da União e, ainda, que a deficiência de pessoal naquele órgão **tem sido suprida, de forma abusiva e, portanto, ilegal, mediante a requisição de servidores/empregados públicos de outros órgãos.**

Nesse mesmo sentido, *mutatis mutandis*:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE ADMINISTRADOR DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. EDITAL AGU 1/2010, ITEM 2.1.1. NÚMERO ABERTO DE VAGAS A PREENCHER. OFERTA DE 49 VAGAS, ACRESCIDOS DOS CARGOS QUE VAGAREM DURANTE O PERÍODO DE VALIDADE DO CONCURSO PÚBLICO. VACÂNCIA DE 45 CARGOS DE ADMINISTRADOR. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA.

1. O princípio da moralidade impõe obediência às regras insculpidas no instrumento convocatório pelo Poder Público, de sorte que a oferta de vagas vincula a Administração, segundo, ainda, o princípio da legalidade.

2. A partir da veiculação expressa da necessidade de prover determinado número de cargos, através da publicação de edital de concurso, a nomeação e posse de candidato aprovado dentro das vagas ofertadas é direito subjetivo líquido e certo, tutelado na via excepcional do Mandado de Segurança.

3. Tem-se por ilegal o ato omissivo da Administração que não promove a nomeação de candidato aprovado e classificado até o limite de vagas previstas no edital, por se tratar de ato vinculado, máxime quando expirado o prazo de validade do certame.

4. In casu, a impetrante foi classificada na 81a. posição para o cargo de Administrador da Advocacia-Geral da União, cujo Edital previu originária e expressamente a existência de 49 vagas, acrescidos dos cargos que vagarem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

durante o período de validade do concurso público; diante da existência de 45 cargos vagos, além daqueles 49 referidos, impõe-se reconhecer o direito líquido e certo da impetrante à nomeação e posse no cargo para o qual foi devidamente habilitada dentro do número de vagas oferecidas pela Administração.

5. Ordem concedida para determinar a investidura da Impetrante no cargo de Administrador da Advocacia-Geral da União para o qual foi aprovada, observada rigorosamente a ordem de classificação;

reconhecidos todos os direitos inerentes ao aludido cargo, com reflexos financeiros retroativos à data da impetração do *mandamus*. (MS 18.881/DF, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, DJe 5/12/12)

2.4. DA RESPONSABILIDADE CONCORRENTE DA MINISTRA DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO.

Como consignado no tópico anterior, restou confessado pelo Advogado-Geral da União que ele, em 24/11/10, encaminhou ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão o Aviso/AGU 391, no qual pleiteou a ampliação em 50% das vagas remanescentes, "em caráter emergencial, tendo em vista a enorme carência de servidores técnicos- administrativos [naquela] instituição" (fl. 708e), sem sucesso.

Assim, resta demonstrada a inércia do MPOG em autorizar as nomeações dos candidatos aprovados para o cargo de Contador do quadro de pessoal da AGU, inércia esta que, no contexto já delineado nos tópicos anteriores, caracteriza verdadeira ilegalidade.

Com efeito, observa-se que em suas informações, a segunda Autoridade Impetrada não se desincumbiu do ônus de comprovar, de forma clara e indene de dúvidas, a existência de razões relevantes que justificassem a não nomeação dos candidatos aprovados.

3. RETROAÇÃO DOS EFEITOS DA NOMEAÇÃO À 29/6/12, DATA DE EXPIRAÇÃO DA VALIDADE DO CERTAME. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO A REGIME JURÍDICO. MANDAMUS UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO DE AÇÃO DE COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE.

Conquanto se reconheça o direito líquido e certo do Impetrante à nomeação e posse no cargo efetivo para o qual foi aprovado em concurso público, mostra-se inviável a retroação dos efeitos dessa nomeação para fins funcionais ou previdenciários.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De fato, é pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que os servidores públicos não têm direito adquirido a regime jurídico. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. MILITAR. ADICIONAL DE INATIVIDADE. SUPRESSÃO. MP. Nº 2.131/2000. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. PRECEDENTES.

1. Os servidores públicos não têm direito adquirido à manutenção da forma de cálculo da remuneração, dado que não há direito adquirido a regime jurídico. Tampouco cabe falar em ofensa à garantia da irredutibilidade de vencimentos se preservado o valor nominal do total da remuneração do servidor. Precedentes: ARE nº 639.736-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 06.09.2011, e AI nº 730096-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 22.10.2010.

2. In casu, o acórdão recorrido assentou: "DIREITO ADMINISTRATIVO. MILITAR. ADICIONAL DE INATIVIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DA REDUÇÃO NO TOTAL DOS PROVENTOS. MP 2.131/2000. 1 - A matéria em debate na presente apelação diz respeito ao direito, ou não, dos apelantes, militares inativos, à reinclusão do adicional de inatividade anteriormente pago como parcela aos militares na inatividade e que, com a edição da MP 2.131/2000, foi excluída, incorporando-se o valor da parcela ao soldo, cujo montante sofreu a majoração correspondente. 2 - O Poder Público não celebra contrato com seus servidores, sejam civis ou militares, nem com eles ajusta condições de serviço ou remuneração. No Regime estatutário mantido entre a Administração Pública e os servidores públicos (ativos e inativos), existe a possibilidade de alteração unilateral das condições, deveres, direitos e vantagens, desde que respeitadas as limitações constitucionais. 3 - Não restou demonstrado o fato constitutivo do direito alegado pelos autores pois, contrariamente ao sustentado, os bilhetes de seus pagamentos acostados aos autos apresentam um significativo aumento tanto no valor do soldo, como também, no total da remuneração, após a aplicação da MP nº 2.131/00. 4 - Apelação não provida, mantendo-se a r. sentença."

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 632.930 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 20/2/13)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. LEGITIMIDADE DE ALTERAÇÃO DA FÓRMULA DE CÁLCULO DA REMUNERAÇÃO, DESDE QUE RESPEITADA A IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DECESSO REMUNERATÓRIO. SÚMULA 279. INCIDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

I - A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, sendo legítima a alteração da fórmula de cálculo da remuneração, desde que não provoque decurso remuneratório. Precedentes.

II - A verificação de efetiva ocorrência de decurso remuneratório demanda, na espécie, o exame da matéria fática, o que é vedado pela Súmula 279 desta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - Agravo regimental improvido. (AI 836.087 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe PUBLIC 22/10/12)

Nesse diapasão, se o próprio servidor público, apesar de investido em seu cargo, não pode amparar-se em um suposto direito líquido e certo a regime jurídico, muito menos aquele que sequer foi nomeado e empossado no cargo efetivo.

De outro lado, no que tange aos efeitos financeiros retroativos, a teor do que dispõe a Súmula 269/STF, é vedada a utilização do mandado de segurança como sucedâneo de ação de cobrança.

Ainda que fosse possível afastar tal óbice, melhor sorte não socorreria ao Impetrante, tendo em vista que, consoante entendimento jurisprudencial compartilhado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses de nomeação de candidatos aprovados em concurso público por força de decisão judicial, mostra-se inviável a retroação dos efeitos quanto ao período compreendido entre a data em que deveriam ter sido nomeados e a efetiva investidura no serviço público, para fins de pagamento de vencimentos atrasados ou, mesmo, de indenização. Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SERVIDOR APROVADO NOMEADO POR DECISÃO JUDICIAL. INDENIZAÇÃO DOS VENCIMENTOS E VANTAGENS NO PERÍODO EM QUE TEVE CURSO O PROCESSO JUDICIAL. PEDIDO IMPROCEDENTE. JURISPRUDÊNCIA DO STF.

1. À luz do disposto no art. 37, § 6º da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que, "nos termos da orientação firmada nesta Corte, é indevida indenização pelo tempo em que se aguardou solução judicial definitiva sobre aprovação em concurso público" (AgRg no RE 593.373, 2ª Turma, Min. Joaquim Barbosa, DJ de 18/04/2011). Considera-se que, se a nomeação foi decorrente de sentença judicial, o retardamento não configura preterição ou ato ilegítimo da Administração Pública a justificar uma contrapartida indenizatória. Nesse sentido, há precedentes formados em colegiado e por decisões monocráticas de ambas as Turmas do STF (v.g., além do já referido: RE-AgRg 392.888, 1ª Turma, Min. Marco Aurélio, DJ de 24.03.06; RMS 23.153, 2ª T., Min. Marco Aurélio, DJ de 30/04/99; RMS 23.227, 2ª Turma, Min. Maurício Correia, DJ de 29.08.97; RE-AgRg 437.403, 2ª Turma, Min. Gilmar Mendes, DJe de 05.05.06; AI-AgRg 620.992, 1ª Turma, Min. Carmen Lúcia, DJ de 29.06.07; RE-AgRg 594.917, 1ª Turma, Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 25.11.10; RE 514.416, Min. Dias Toffoli, DJe de 04/03/11; RE 630.440, Min. Ellen Gracie, DJe de 10/08/11).

2. No STJ, a Corte Especial, ao julgar os EResp 825.037, Min. Eliana Calmon (DJe de 22.02.2011), também assentou entendimento de que, em casos tais, não assiste ao concursado o direito de receber, pura e simplesmente, o valor dos vencimentos que poderia ter auferido até o advento da nomeação determinada judicialmente; reconheceu-se, todavia, o direito a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indenização por perda de chance, que, naquele caso concreto, seria a diferença entre os vencimentos do cargo e o valor que, no período da demora, o concursado havia recebido no desempenho de atividade contratual.

3. Inobstante esse precedente, é de se considerar que a responsabilidade civil do Estado é matéria que tem sede constitucional (CF, art. 37, § 6º), razão pela qual ganha relevância e supremacia a jurisprudência do STF a respeito, cuja adoção se impõe no caso concreto.

4. Embargos de Divergência providos. (EREsp 1.117.974/RS, Rel. p/ Ac. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Corte Especial, DJe 19/12/11)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE AUDITOR-FISCAL DO TESOUREIRO NACIONAL. EDITAL N.º 18/91. LEI N.º 8.541/92. PRETERIÇÃO. OCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO JUDICIAL. DIREITO AOS VENCIMENTOS ATRASADOS. INEXISTÊNCIA. CONTRAPRESTAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE.

1. A alegada ofensa ao 535 do Código de Processo Civil não subsiste, porquanto o acórdão hostilizado, solucionou a quaestio juris de maneira clara e coerente, apresentando todas as razões que firmaram seu convencimento, ainda que de forma sucinta.

2. É desnecessário o denominado prequestionamento explícito, bastando que a matéria aduzida no recurso especial tenha sido objeto de manifestação pelo Tribunal a quo, sem que seja necessário o pronunciamento específico sobre os dispositivos legais correspondentes. Precedentes.

3. Os candidatos preteridos na ordem de classificação em certame público, situação esta, inclusive, reconhecida judicialmente, não fazem jus aos vencimentos referentes ao período compreendido entre a data em que deveriam ter sido nomeados e a efetiva investidura no serviço público, ainda que a título de indenização, na medida em que a percepção da retribuição pecuniária não prescinde do efetivo exercício do cargo. Precedentes.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 508.477/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 6/8/07)

Destarte, nesse ponto, **não procede** o pedido do Impetrante.

4. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. REQUISITOS. EXISTÊNCIA.

Como cediço, a vedação contida nos arts. 1º, § 3º, da Lei 8.437/92 e 1º da Lei 9.494/97, quanto à concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública nos casos de aumento ou extensão de vantagens a servidor público, **não se aplica nas hipóteses em que o autor busca sua nomeação e posse em cargo efetivo, em razão da sua aprovação no concurso público**. Da mesma forma, considerando-se que a nomeação do Impetrante importará tão somente do recebimento de vencimentos pelo efetivo serviço que prestará à Administração,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

também é inaplicável, na espécie, a vedação contida no art. 2º-B da Lei 9.494/97. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO E POSSE DE CANDIDATOS APROVADOS. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. VEDAÇÃO PREVISTA NAS LEIS 8.437/92 E 9.494/97. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (AgRg no REsp 1.234.859/AM, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJe 10/2/12)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. NOMEAÇÃO E POSSE EM CARGO PÚBLICO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. AFRONTA AOS ARTS. 1º, § 3º, DA LEI 8.437/1992; 1º E 2º-B DA LEI 9.494/1997. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A vedação contida nos arts. 1º, § 3º, da Lei 8.437/92 e 1º da Lei 9.494/97, quanto à concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública nos casos de aumento ou extensão de vantagens a servidor público, não se aplica nas hipóteses em que o autor busca sua nomeação e posse em cargo público, em razão da sua aprovação no concurso público. Precedente do STJ.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a vedação de execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública restringe-se às hipóteses previstas no art. 2º-B da Lei 9.494/97, o que não é o caso dos autos, pois não há determinação de pagamentos pretéritos, mas apenas o pagamento pelo efetivo serviço prestado.

3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1.259.941/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 19/12/12)

Assim, mostra-se possível a antecipação dos efeitos da tutela, uma vez que os requisitos do art. 273 do CPC encontram-se atendidos na espécie, a saber: (i) demonstração da verossimilhança do direito pleiteado, nos termos da fundamentação supra; (ii) a demora na nomeação do Impetrante impõe-lhe danos de difícil reparação, em virtude de não poder trabalhar e, por conseguinte, receber a devida contraprestação remuneratória pelo exercício do cargo; (iii) inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, porquanto o exercício provisório do cargo público, por força de decisão judicial precária, não assegura o direito à nomeação definitiva em caso de seu pedido ser ao final julgado improcedente.

5. DISPOSITIVO

Ante o exposto, **concedo em parte a segurança** a fim de reconhecer o direito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Impetrante de ser nomeado no cargo de Contador do quadro de pessoal da Advocacia-Geral da União, **com todos os efeitos funcionais, pecuniários e previdenciários contados a partir da respectiva posse. Defiro** o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, a fim de **determinar** às Autoridades Impetradas que, no âmbito de suas respectivas competências, promovam todas as medidas necessárias à **imediata nomeação e posse do Impetrante**, uma vez atendidas por este último as exigências legais para investidura do mencionado cargo público. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos da Súmula 105/STJ.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 19.227 - DF (2012/0205561-8)

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES:

Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro Relator, afastando as preliminares por entender que legítimas são as autoridades nominadas e, quanto ao mérito, também acompanho o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 19.227 - DF (2012/0205561-8)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
IMPETRANTE : BRUNO NÓBREGA LUIZ
ADVOGADOS : CAMILA CINTRA MOURA
JOÃO MOURA DA SILVA JÚNIOR
IMPETRADO : ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E
GESTÃO
INTERES. : UNIÃO

VOTO-VENCIDO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES: Sr. Presidente, quero deixar um registro: no tocante ao mérito, acompanho o Sr. Ministro Ari Pargendler - já estou vencido, é só para registrar, no tocante às preliminares de ilegitimidade.

Entendo que o Ministro do Planejamento autoriza o concurso então, ele não pode defender o ato de nomeação então ilegítimo - peço maxima venia ao Relator. No tocante ao Advogado-Geral da União, ele recebe uma delegação idêntica aos Ministros de Estado - que a próprio do Presidente da República nomear, delega para ele - e ele delegou isso para autoridade que é um Secretário, que não é mencionado aqui. Vou estar vencido nessa preliminar e indefiro a segurança.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 19.227 - DF (2012/0205561-8)

VOTO-VENCIDO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER:

A sentença é proferida como se dada na data da propositura da ação. O tempo que o Judiciário demora para reconhecer o direito então postulado não pode prejudicar o impetrante. Não haverá uma reparação efetiva se os efeitos financeiros da sentença se reportarem à data da concessão da ordem.

Voto, por isso, no sentido de conceder o mandado de segurança nessa extensão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2012/0205561-8 PROCESSO ELETRÔNICO MS 19.227 / DF

PAUTA: 13/03/2013

JULGADO: 13/03/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BRUNO NÓBREGA LUIZ
ADVOGADO : CAMILA CINTRA MOURA
IMPETRADO : ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
IMPETRADO : MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO
INTERES. : UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Concurso Público / Edital - Classificação e/ou Preterição

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou, oralmente, a Dra. **EMILIANA ALVES LARA**, pela União.

CERTIDÃO

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

"A Seção, por maioria, vencido o Sr. Ministro Benedito Gonçalves, rejeitou a preliminar de ilegitimidade. No mérito, também por maioria, concedeu parcialmente a segurança deferindo o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votou vencido o Sr. Ministro Ari Pargendler que concedia a segurança em maior extensão"

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.