

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 629.392 MATO GROSSO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
RECTE.(S) : ALINE CARVALHO COELHO E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : CEZAR BRITTO E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : ESTADO DE MATO GROSSO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO
INTDO.(A/S) : CELSO TADEU MONTEIRO BASTOS
ADV.(A/S) : CELSO TADEU MONTEIRO BASTOS
INTDO.(A/S) : UNIÃO
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Dr. Vinicius de Andrade Prado:

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao prover, à unanimidade, o recurso ordinário em mandado de segurança nº 19.635/MT, assentou o direito subjetivo à nomeação de aprovados em concurso para o cargo de Defensor Público do Estado de Mato Grosso. Consignou que, embora classificados em posição além do número de vagas inicialmente ofertado, o pleito foi atendido em razão do não preenchimento, pelos convocados, de todos os postos oferecidos no edital e da prática de ato pela Administração a evidenciar a necessidade de admissão de pessoal. A ementa ficou assim confeccionada:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DEFENSOR PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO. CONVOCAÇÃO DE APROVADOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE ALGUMAS DAS VAGAS PELOS APROVADOS DENTRO DO NÚMERO ESTABELECIDO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS CLASSIFICADOS INICIALMENTE ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS. PRECEDENTE.

1. A prática de ato, pela Administração, que evidencie a necessidade de preenchimento de vagas previstas em edital de concurso público, não ocupadas por aprovados dentro do número estabelecido, gera direito subjetivo à nomeação dos candidatos classificados inicialmente além daquele número. Precedente.

2. Explicitada a necessidade de a Administração nomear 88 defensores públicos, deixou de ser discricionário para se tornar vinculado o ato de nomeação dos recorrentes, que, embora não inicialmente classificados até o 88º lugar, diante do desinteresse de alguns dos aprovados em tomarem posse, enquadraram-se dentro do número de vagas.

3. Recurso ordinário provido.

(Recurso ordinário em mandado de segurança nº 19.635/MT, Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatora a ministra Maria Thereza de Assis Moura, Diário da Justiça eletrônico de 26 de novembro de 2007)

Contra o acórdão, foram interpostos três embargos de declaração, apreciados em conjunto pelo Tribunal, que proveu apenas aqueles protocolados por Aline Carvalho Coelho e outros “para lhes reconhecer todos os direitos do cargo, inclusive financeiros, retroativos à data final do prazo de validade do concurso” (folha 864 a 874).

Sobrevieram novos declaratórios, formalizados pelo Estado de Mato Grosso, nos quais se pretendeu explicitar o alcance dos direitos assegurados. O Superior Tribunal de Justiça proveu-os parcialmente (folha 963 a 978), garantindo aos impetrantes o cômputo do tempo de serviço a partir da expiração da validade do certame, bem assim, a título de indenização, as remunerações a que teriam jus a contar daquele momento até a data da entrada em exercício no cargo. Deixou de assegurar-lhes as promoções funcionais respectivas, referentes ao aludido interregno, afirmando dependerem, além

do decurso do tempo, do atendimento a outras exigências legais e constitucionais. Evocou o artigo 41, cabeça e § 4º, da Constituição Federal, a prever a estabilidade dos servidores após três anos de efetivo exercício e aprovação em avaliação especial de desempenho instituída para essa finalidade. Citou o disposto nos artigos 34, parágrafos 1º e 3º, 50, 51, 59 e 61 da Lei Complementar estadual nº 146/2003, nos quais indicados os requisitos e o procedimento atinente ao estágio probatório dos Defensores Públicos. Apontou estar a carreira estruturada, presente o artigo 175 do mencionado diploma, mediante a distribuição de cargos por entrâncias até a posição mais alta, a de Procurador da Defensoria Pública local. Destacou, admitida a progressão, a violação do princípio da isonomia uma vez exigida dos demais servidores a observância das condições fixadas. Realçou a necessidade de desconstituição das promoções já realizadas, a ensejar afronta ao direito de terceiros, que não participaram do processo, e à segurança jurídica. O entendimento ficou assim resumido:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DEFENSOR PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO. PRETENSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. NÃO-CABIMENTO.

[...]

4. Reconhecimento à contagem de tempo de serviço pretérito, bem como do direito à indenização correspondente às remunerações retroativas à data em que deveria ter ocorrido a nomeação. Ausência de julgamento *extra petita*, pois se trata de mera consequência lógica do deferimento do pedido de nomeação.

5. Não há de se falar em reconhecimento do direito dos embargados à promoção funcional, que depende de fatores outros que não apenas o reconhecimento de tempo

de serviço pretérito, mas o cumprimento de exigências legais e constitucionais como a aprovação, após três anos de efetivo exercício, em estágio probatório.

6. Embargos declaratórios acolhidos em parte, para esclarecer que os embargados têm direito à contagem de tempo de serviço desde o dia 28/12/2002, bem como à indenização em valor equivalente às remunerações que teriam recebido no período de 28/12/2002 até sua entrada em exercício no cargo de defensor público.

(Embargos declaratórios nos embargos declaratórios no recurso ordinário em mandado de segurança nº 19.635/MT, Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatora a ministra Maria Thereza de Assis Moura, Diário da Justiça eletrônico de 17 de novembro de 2008)

O Estado de Mato Grosso interpôs recurso extraordinário, com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, apontando afronta aos artigos 5º, inciso LV, 37, inciso III, 40, § 10, bem assim ao verbete nº 271 da Súmula do Supremo (folha 990 a 1.002), o qual veio a ser inadmitido na origem. Protocolado agravo – de nº 814.688 –, foi redistribuído a Vossa Excelência, considerada a declaração de impedimento do ministro Carlos Ayres Britto, e, em seguida, desprovido, precluindo a decisão em 15 de outubro de 2012.

Aline Carvalho Coelho e outros também formalizaram extraordinário, com arguido alicerce na alínea “a” do inciso III do artigo 102 da Carta da República, articulando com a ofensa ao artigo 37, cabeça, inciso IV e § 6º, da Lei Maior (folha 1.008 a 1.024), o qual foi admitido na origem (folhas 2005 e 2006). Entendem que a nomeação tardia, por erro exclusivo da Administração Pública, implica a retroação dos efeitos – inclusive no tocante às promoções funcionais – à data a partir da qual deveriam ter ingressado nos quadros do Órgão, ante a natureza declaratória e vinculada do pronunciamento que implicou o reconhecimento do direito. Consoante esclarecem,

os candidatos empossados devido ao concurso do qual participaram, realizado em 1998, já se encontram em entrância especial, posição em que estariam caso o ato ilegítimo não houvesse sido praticado. Evocam jurisprudência. Argumentam não terem contribuído para o ilícito, não podendo permanecer na condição de Defensores Públicos substitutos lotados em comarcas longínquas da capital de Mato Grosso, observada a culpa exclusiva do Estado. Distinguem os pressupostos para as promoções funcionais daqueles alusivos à aprovação em estágio probatório, o qual, segundo alegam, não é requisito para as primeiras, aludindo ao disposto na parte final do artigo 59 da Lei Complementar estadual nº 146 – Lei Orgânica da Defensoria Pública do ente federado. Este é o teor do dispositivo:

Art. 59. O acesso na carreira se fará de entrância a entrância e da mais alta para Defensor Público de Segunda Instância por antiguidade e merecimento, alternadamente, sendo exigido o interstício de 02 (dois) anos de efetivo exercício na entrância inferior, podendo ser dispensado, quando não houver candidatos com os requisitos necessários.

Reportam-se, em reforço, ao trecho final do artigo 93, inciso II, da Constituição Federal, bem assim ao previsto no artigo 27, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Concluem, considerado o tempo decorrido, pelo direito de serem alocados em entrância especial. Requerem o provimento do extraordinário para, mediante reforma parcial do acórdão impugnado, verem assegurado o direito às promoções funcionais.

Quanto à repercussão geral, justificaram-na ante a necessidade de definição dos efeitos funcionais e financeiros de nomeações extemporâneas, com alcance retroativo, de candidatos aprovados em concurso público, tema de interesse de todos os entes públicos dos três níveis da Federação.

Destacam a oportunidade de esclarecer-se se a eficácia retroativa da nomeação tardia implica o direito às promoções funcionais.

O Estado de Mato Grosso, em contrarrazões, sustenta a falta de prequestionamento da controvérsia, uma vez não adotada óptica explícita relativamente à alegada ofensa ao artigo 37, cabeça e inciso IV, da Lei Maior. Realça a ausência de interposição de declaratórios pelos recorrentes visando questionar a contrariedade aos citados preceitos. Articula com a fundamentação deficiente do extraordinário, presentes os verbetes nº 283 e nº 284 da Súmula do Supremo, asseverando que o acórdão impugnado foi embasado nos princípios da isonomia e da segurança jurídica, tendo em vista que a admissão do direito à promoção resultaria na revisão da situação funcional de terceiros, considerada a limitação de vagas existentes em cada entrância. Aponta um segundo fundamento não atacado no recurso, atinente ao óbice previsto no artigo 41, cabeça e § 4º, da Carta de 1988, no que impedida, segundo entende, a progressão na pendência do estágio probatório para confirmação no cargo público. No mérito, assinala não haver violação do artigo 37, cabeça, inciso IV e § 6º, da Constituição Federal. Frisa o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no que a promoção dependeria não apenas do decurso do tempo, mas do atendimento a outros requisitos. Menciona o dever da Administração de aferir, no curso do estágio probatório, o preenchimento dos requisitos próprios, levando em conta o princípio da eficiência.

O Tribunal reconheceu a repercussão geral da matéria constitucional suscitada, nos termos da seguinte ementa, publicada no Diário da Justiça eletrônico de 23 de setembro de 2011:

CONCURSO PÚBLICO – DIREITO À NOMEAÇÃO
– EFICÁCIA RETROATIVA – PROMOÇÕES VERSUS

ESTÁGIO PROBATÓRIO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da possibilidade de, ficando reconhecida a eficácia retroativa do direito à nomeação de candidatos aprovados e classificados além do número de vagas versado no edital, serem cabíveis as promoções por tempo de serviço independentemente da apuração própria ao estágio probatório.

O Ministério Público Federal manifesta-se pelo provimento do extraordinário (folha 2.041 a 2.045). Argumenta que a prática de ato ilícito pela Administração importa o reconhecimento do direito às promoções funcionais, ante a boa-fé dos nomeados. Destaca a necessidade de resguardar-se a igualdade entre os aprovados no certame. Cita o princípio da razoabilidade.

A União foi admitida como terceira – folhas 2.067 e 2.068. Sublinha, como pressuposto da promoção funcional, o êxito em avaliação de desempenho. Salaria a indispensabilidade de observância dos requisitos preconizados na legislação local visando a promoção, observado o regime jurídico dos Defensores Públicos de Mato Grosso. Articula com o potencial prejuízo à autonomia e organização administrativa do Órgão. Entende inadequada a solução indenizatória. Afirma impróprio considerar ilícita a conduta do Estado, enfatizando que, à época da expiração do prazo de validade do concurso, a jurisprudência era no sentido de que aprovados em certame detinham mera expectativa de direito. Aduz o desrespeito ao princípio da isonomia presente o tratamento diferenciado dispensado àqueles investidos no cargo por ato próprio da Administração, submetidos aos requisitos previstos na lei para efeito de promoção, inclusive sob o ângulo da incidência do imposto de renda. Pede o desprovimento do extraordinário. Sucessivamente, busca sejam, ao menos, obstadas a retroação

RE 629392 / MT

dos efeitos concernentes às promoções antes do trânsito em julgado e a utilização, como parâmetro indenizatório, dos mesmos valores pagos aos servidores que cumpriram os pressupostos para a promoção.

É o relatório.

Cópia

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 629.392 MATO GROSSO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste recurso, atendeu-se aos pressupostos gerais de recorribilidade. A peça, subscrita por profissional da advocacia constituído (folha 766), foi protocolada no prazo legal, considerada a regência pelo Código de Processo Civil de 1973. A publicação do acórdão impugnado ocorreu no Diário da Justiça de 17 de novembro de 2008 (folha 979), tendo sido restituído o prazo recursal (folha 1.005), o qual começou a fluir a partir de 11 de março de 2009, quarta-feira (folha 1.006). Formalizou-se o extraordinário no dia 19 seguinte, quinta-feira. Consta, à folha 1.025, guia comprobatória do preparo.

Afasto as preliminares de não conhecimento veiculadas pelo Estado de Mato Grosso nas contrarrazões. Quanto à arguida ausência de prequestionamento, a matéria foi suficientemente enfrentada pelo Tribunal de origem. O instituto significa o debate e a decisão prévios do tema jurídico constante das razões apresentadas, independentemente de menção aos dispositivos envolvidos – recurso extraordinário nº 128.519/DF, Pleno, de minha relatoria, Diário da Justiça de 8 de março de 1991. No tocante à deficiência das razões do extraordinário, mostra-se impertinente o argumento. Não há autonomia de fundamentos presente a matéria submetida ao crivo do Tribunal. Está fora de discussão a situação jurídica de terceiros, devendo eventuais impactos funcionais ser objeto de discussão na via própria. Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha consignado, no acórdão recorrido, a impossibilidade de promoção em virtude do não atendimento dos requisitos pertinentes, previstos entre outros preceitos da legislação ordinária, no artigo 41, cabeça e § 4º, da Constituição Federal, não se examina o alcance do dispositivo a partir de situação concreta de servidor, mas a possibilidade de retroação, sob o ângulo fictício – porque não houve trabalho de fato –, dos efeitos financeiros e funcionais resultantes de promoção.

Percebam o quadro retratado, que não existiria caso houvesse sido,

na ação ajuizada, implementada tutela antecipada. Determinados candidatos aprovados em concurso para o cargo de Defensor Público do Estado de Mato Grosso impetraram mandado de segurança voltado ao reconhecimento do direito à nomeação. O pleito foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso ordinário. Sobrevieram declaratórios, havendo logrado êxito aqueles formalizados por participantes do certame, no que foram reconhecidos todos os direitos inerentes ao cargo, inclusive financeiros, em caráter retroativo à data final do prazo de validade do concurso, ou seja, 28 de dezembro de 2002.

O Superior Tribunal de Justiça, em novos declaratórios, esclareceu o alcance dos direitos, no que entendeu devido o cômputo do tempo de serviço a partir do momento no qual deveria haver ocorrido as nomeações – no caso, até o fim da validade do concurso –, bem assim, a título indenizatório, o equivalente às remunerações que teriam sido percebidas a contar daquele marco até a entrada em exercício no cargo. Deixou de reconhecer o direito às promoções funcionais, porquanto envolveriam, como requisito, não apenas o decurso do tempo, mas o atendimento a critérios previstos na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Defensoria local. Contra esse pronunciamento, foram interpostos recursos extraordinários. Inadmitiu-se o do Estado de Mato Grosso na origem. Mantive o entendimento ao apreciar o agravo nº 814.688. O extraordinário protocolado pelos participantes do concurso, admitido na origem, teve a repercussão geral proclamada.

Em síntese, a controvérsia resume-se em definir a pertinência das promoções funcionais, independentemente da submissão e do sucesso no estágio probatório, relativamente a candidatos aprovados em concurso público que tiveram assegurada judicialmente a nomeação, com efeitos retroativos, em razão da prática de ato da Administração. Não se faz em jogo a natureza do ato formalizado pelo Poder Público, se lícito ou ilícito. Tampouco se discute o direito à nomeação, bem assim à indenização equivalente às remunerações que deixaram de ser pagas e à contagem retroativa do tempo de serviço, presente o retardamento da nomeação, mas, tão somente, o direito às promoções sob os ângulos funcional e

financeiro.

Atentem para o pedido formulado no extraordinário, voltado a ver garantido aos recorrentes o direito às promoções dos pontos de vista funcional, consideradas as peculiaridades do regime jurídico dos Defensores Públicos de Mato Grosso, e financeiro, no que reputam devida indenização equivalente às diferenças remuneratórias advindas das promoções a que teriam jus em virtude do reconhecimento do direito retroativo à nomeação. Os recorrentes articulam com a ofensa ao disposto no artigo 37, cabeça, inciso IV e § 6º, da Constituição Federal, cujo teor transcrevo:

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:

[...]

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Conforme fiz ver ao apreciar o recurso extraordinário nº 724.347 – no qual dirimida a controvérsia atinente ao direito de aprovados em concurso obterem indenização equivalente ao que deixaram de receber, a título de remuneração, não fosse a nomeação tardia por meio de ato judicial –, a responsabilidade estatal é inerente aos riscos próprios às

atividades que desempenha e vai ao encontro da aspiração do Estado de Direito, especialmente da obrigatoriedade de legalidade do ato administrativo. Versando direito e garantia fundamental do cidadão, o artigo 37, § 6º, da Lei Fundamental encerra norma autoaplicável, de eficácia plena, incumbindo ao Poder Judiciário, verificado onexo causal entre o ato estatal e o dano, concretizar o comando em plenitude.

Tenho por impertinente o acolhimento do pleito uma vez ausente o liame imediato entre a conduta da Administração e o alegado prejuízo. Mesmo proclamado o direito à nomeação em caráter retroativo, presente o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, descabe assegurar aos recorrentes o pagamento de indenização equivalente às diferenças remuneratórias advindas da eventual evolução do servidor na carreira, tendo em conta as sucessivas majorações de vencimentos. Por se tratar de responsabilidade civil do Estado, a conduta deve revelar o dano ao particular de forma direta. Presente a necessidade de atendimento a exigências outras, fica esvaziada a obrigação.

Mostra-se adequado o argumento segundo o qual a promoção ou progressão funcional – a depender do caráter da movimentação, se vertical ou horizontal – não se resolve unicamente mediante o cumprimento do requisito temporal, pressupondo a aprovação em estágio probatório e a confirmação no cargo, bem assim o preenchimento de outras condições indicadas na legislação ordinária. Notem a peculiaridade do caso. A situação impõe a observância dos requisitos para o êxito em estágio probatório ou, até mesmo, ante a singularidade de cada carreira, de outros elementos necessários à promoção de servidor. Apenas se pode verificar o atendimento a esses pressupostos após a formalização do vínculo hierárquico-funcional do cidadão com a Administração.

Por essas razões, sob os ângulos financeiro e funcional da nomeação tardia, conluo no sentido da impropriedade do inconformismo. Uma vez empossado no cargo, cumpre ao servidor atentar para todas as regras atinentes ao respectivo regime jurídico, incluídas as concernentes ao estágio probatório e as específicas de cada carreira. Somente considerado

o desempenho do agente, por meio de atuação concreta a partir da entrada em exercício, é possível alcançar a confirmação no cargo, bem assim a movimentação funcional, do que decorreriam a subida de classes e padrões, eventual alteração na designação do cargo ou quaisquer outras consequências funcionais.

Situação diversa ocorreria caso implementada tutela para imediata nomeação e, portanto, integração na carreira, com as consequências próprias.

Analisando o caso concreto, não há como presumir a aprovação em estágio probatório, tampouco reconhecer o direito à movimentação na carreira, mediante alteração da designação do cargo inicial – o de Defensor Substituto – e das lotações, presentes as diferentes entrâncias até a capital. Os pressupostos para tanto não de ser observados após a posse e o efetivo trabalho exercido, ficando preservadas a organização administrativa do Órgão e, até mesmo, a isonomia entre os ocupantes do cargo.

Com esses fundamentos, desprovejo o extraordinário.

Proponho a seguinte tese para fins de repercussão geral: a nomeação tardia de candidatos aprovados em concurso público, por meio de ato judicial, à qual atribuída eficácia retroativa, não gera direito às promoções ou progressões funcionais que alcançariam houvesse ocorrido, a tempo e modo, a nomeação.

É como voto.