



Estado de Goiás
Poder Judiciário
Comarca de GOIÂNIA
Goiânia - 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual

Valor: R\$ 1.000,00 | Classificador: AGUARDANDO DECURSO DE PRAZO RECURSAL-APelação
Ação Cível Pública (L.E.)
GOIÂNIA - 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
Usuário: - Data: 01/10/2019 16:55:36

Processo nº: 0360175.77.2015.8.09.0051
Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO
Réus: TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE GOIÁS e Outro

SENTENÇA

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS, através de seu representante em exercício na 57ª Promotoria de Justiça, ajuizou a presente ação civil pública em face do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE GOIÁS e do ESTADO DE GOIÁS, ambos qualificados no seio dos autos em epígrafe.

Aduz o Autor ter o Tribunal de Contas realizado Concurso Público para provimento do cargo de Analista de Controle Externo, conforme regras previstas no Edital nº 001/2014.

Reputa inválida a cláusula X, item 3, do edital do certame, que limitou o número de candidatos que seriam considerados aprovados na fase final, por considerar que a cláusula de barreira legítima é aquela que limita os candidatos a prosseguirem nas etapas subsequentes e não ao final das etapas do concurso público.

Diz que foram nomeados todos os candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital, restando apenas alguns candidatos classificados no cadastro de reserva, exceto para as áreas de tecnologia da informação e gestão de conhecimentos, as quais tiveram todos os candidatos nomeados.

Assevera que o prazo de validade é exíguo, apenas seis meses, valendo entre 09/04/2015 e 09/10/2015, não tendo o TCE se manifestado até o momento quanto à nomeação dos candidatos integrantes do cadastro de reserva ou mesmo acerca da prorrogação do prazo de validade do certame.

Informa que existem 350 cargos de Analista de Controle Externo no quadro de pessoal do TCE, conforme previsto na Lei Estadual nº 15.122/2005, sendo que apenas 302 estariam preenchidos, restando 48 cargos a serem providos, além das 7 vagas surgidas em razão de aposentadoria, exonerações e falecimentos, o que totaliza 55 vagas sem preenchimento, enquanto que existem apenas 18 aprovados em cadastro de reserva ainda não nomeados.



Obtempera, contudo, haver um número excessivo de servidores comissionados lotados no órgão, inclusive nomeados após a publicação do resultado do certame, que exercem atividades típicas privativas do cargo de provimento efetivo de Analista de Controle Externo, tais como de fiscalização, em ofensa ao disposto no art. 37, incisos II e V, da Constituição Federal, sendo alguns deles integrantes do quadro suplementar em extinção criado pela Lei nº 15.122/2005, já questionado no âmbito da ação civil pública nº 107487-35.2009.8.09.0051, o qual teria efetivado ilegalmente servidores comissionados.

Entende, assim, que devem ser nomeados todos os candidatos remanescentes do cadastro de reserva, além daqueles que teriam obtido aprovação na última fase do concurso realizado (prova discursiva), em virtude da nulidade da cláusula de barreira prevista no item 3, X, do edital, bem como da flagrante ilegalidade da contratação de comissionados para o exercício de funções típicas de cargos efetivos em preterição aos candidatos aprovados no certame.

Pugna pela concessão de liminar antecipatória e, por fim, pelo julgamento de procedência dos pedidos, para que seja declarada a nulidade do item 3, tópico X, do edital nº 01/2014, a fim de que sejam considerados aprovados e incluídos no cadastro de reserva os candidatos que obtiveram nota igual ou superior a 60 (sessenta) pontos na prova discursiva, bem como para compelir o TCE a exonerar todos os servidores comissionados que desempenhem funções do cargo de Analista de Controle Externo, além de nomear todos os candidatos aprovados em cadastro de reserva no mesmo quantitativo de servidores comissionados em desvio de função.

A prefacial veio instruída com os documentos constantes do evento nº 3 (arquivos 03 a 13), complementados pelos anexados no evento nº 25.

Após a oitiva dos Réus, a liminar foi deferida parcialmente através do *decisum* exarado no evento nº 29.

Regularmente citado, o Estado de Goiás apresentou, no prazo oportuno, resistência à pretensão deduzida pelo Ministério Público, como se extrai da petição encartada no evento nº 37.

Em sítio de contestação, suscita, em preliminar, a ausência de interesse de agir, face a expiração do prazo de validade do concurso e, no mérito, defende a validade da cláusula de barreira estabelecida no concurso público em foco, ainda que utilizada ao final do certame, por estar com consonância com o que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 635.739/AL, em sede de repercussão geral.

Pondera, ademais, inexistir direito subjetivo à nomeação dos candidatos que obtiveram nota mínima de 60 pontos, porquanto estes foram eliminados do concurso e, mesmo que fossem considerados aprovados, não há comprovação do surgimento de novas vagas, tampouco que a Administração estaria suprimindo a necessidade do serviço por meio de contratação precária de comissionados para o exercício das funções próprias dos cargos ofertados no concurso.

Em arremate, diz que a pretensão veiculada pelo *parquet* viola os princípios da isonomia, da vinculação ao edital e da separação dos poderes, rogando pela extinção do processo ou o julgamento de improcedência dos



pedidos deduzidos na inicial.

O Tribunal de Contas do Estado de Goiás, por sua vez, ofertou a contestação abojada no evento nº 39, aduzindo, em preliminar, a perda superveniente do objeto da demanda e a necessidade de formação de litisconsórcio passivo, com a inclusão de todos os servidores comissionados no processo e, no mérito, bate pela legalidade da cláusula de barreira e impossibilidade de declaração de aprovação de candidatos eliminados do certame, além da inexistência de desvio de função pelos servidores ocupantes de cargo em comissão.

Instado a impugnar a contestação, o Autor quedou-se inerte.

As partes manifestaram desinteresse na produção de provas.

Em atenção ao despacho proferido no evento nº 56, o Tribunal de Contas do Estado de Goiás apresentou, no evento nº 61, lista dos servidores comissionados contratados durante o prazo de validade do Concurso Público regido pelo Edital nº 01/2014 e as vacâncias nos cargos efetivos, sobre o qual manifestou-se o Ministério Público no evento nº 62, oportunidade em que colacionou aos autos os documentos constantes do evento nº 63, sobre os quais foi oportunizada vista aos Réus e posterior manifestação do Autor.

É, em suma, o relatório.

Passo a decidir :

Inicialmente, impende serem analisadas as preliminares trazidas à baila pelos Réus.

A preliminar de ausência de interesse de agir não merece prosperar, porquanto a ação civil pública foi ajuizada dentro do prazo de validade do concurso, além do mais esse fato não acarreta a perda do objeto da demanda quando se está discutindo a suposta preterição do direito de candidato aprovado em concurso público em virtude de contratação irregular de servidores comissionados.

Também não há que se falar na necessidade da formação de litisconsórcio passivo necessário em relação aos servidores ocupantes de cargo em comissão que supostamente estejam exercendo as mesmas funções do cargo efetivo de Analista de Controle Externo, porquanto sabe-se que o exercício do cargo em comissão é de livre nomeação e exoneração, sendo assim, tais servidores não possuem estabilidade, sendo demissíveis *ad nutum*, sem necessidade de contraditório.

Superadas essas alegações prévias, passo ao exame do mérito da causa.

O tema controvertido trazido à apreciação do Estado – Juiz, ao que vejo, é apenas de direito, estando o suporte fático, por sua vez, documentalmente demonstrado, tornando-se totalmente despicienda uma maior dilação probatória e, como consequência, impondo-se o julgamento antecipado do mérito.

A *vexata quaestio* cinge-se na verificação da legalidade de cláusula



editálcia que limita o quantitativo de candidatos classificados e aprovados no certame e a preterição dos candidatos integrantes de cadastro reserva por servidores comissionados.

É por demais sabido que o edital constitui-se em lei entre as partes, vinculando tanto a Administração como os candidatos, que devem respeitar os seus regramentos.

No caso em testilha, o Ministério Público está questionando a cláusula X, item 3 do Edital nº 01/2014, do Concurso Público para provimento de cargos de Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, que assim preceitua, *in verbis*:

Serão considerados aprovados aqueles candidatos classificados até a posição abaixo indicada para cada Cargo/Especialidade, correspondente ao acréscimo de 1/3 (um terço) das vagas oferecidas, elevando-se o número fracionado ao primeiro número inteiro subsequente, respeitados os empates na última posição e todos os candidatos com deficiência habilitados conforme Capítulos VIII e IX, sendo os demais eliminados do concurso:

a) para o cargo de Analista de Controle Externo – Contabilidade até a 7ª (sétima) posição.

b) para o cargo de Analista de Controle Externo – Engenharia até a 7ª (sétima) posição.

c) para o cargo de Analista de Controle Externo – Gestão de Pessoas até a 4ª (quarta) posição.

d) para o cargo de Analista de Controle Externo – Gestão de Conhecimento até a 3ª (terceira) posição.

e) - para o cargo de Analista de Controle Externo – Jurídica até a 38ª (trigésima oitava) posição.

f) para o cargo de Analista de Controle Externo – Orçamento e Finanças até a 3ª (terceira) posição.

g) para o cargo de Analista de Controle Externo – Planejamento e Desenvolvimento Organizacional até a 3ª (terceira) posição.

h) para o cargo de Analista de Controle Externo – Tecnologia da Informação até a 4ª (quarta) posição.

i) para o cargo de Analista de Controle Externo – Administrativa até a 7ª (sétima) posição.

Como se vê, a cláusula editalícia ora impugnada restringiu o número de candidatos que seriam considerados classificados e aprovados no certame, no percentual correspondente ao acréscimo de 1/3 das vagas oferecidas para cada especialidade do cargo de Analista de Controle Externo, considerando-se a nota



final obtida pela soma das pontuações alcançadas pelos candidatos nas provas objetivas e discursivas, levando-se em conta, assim, o desempenho meritório.

Ora, sabe-se que a previsão editalícia de limitação de quantitativo de candidatos aprovados em concurso público – denominada cláusula de barreira, constitui-se regra restritiva legítima imposta pela Administração Pública no intuito de selecionar os candidatos mais bem classificados no certame.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 635.739/AL, sob o regime de repercussão geral, reconheceu a constitucionalidade da regra de eliminação em concursos públicos denominada "cláusula de barreira", quando respaldada em critério meritório, cujo acórdão restou assim ementado:

Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. 2. Concurso Público. Edital. Cláusulas de Barreira. Alegação de violação aos arts. 5º, caput, e 37, inciso I, da Constituição Federal. 3. **Regras restritivas em editais de concurso público, quando fundadas em critérios objetivos relacionados ao desempenho meritório do candidato, não ferem o princípio da isonomia.** 4. **As cláusulas de barreira em concurso público, para seleção dos candidatos mais bem classificados, têm amparo constitucional.** 5. Recurso extraordinário provido." (RE 635739, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-193 DIVULG 02-10-2014 PUBLIC 03-10-2014).

Nesse sentido, não há como considerar aprovados candidatos que foram eliminados do certame em razão de regra restritiva prevista do edital, fundada no desempenho meritório.

Acrescente-se, ademais, que a superveniência de vagas para o mesmo cargo público, não confere a esses candidatos o direito à inclusão no cadastro reserva e posterior nomeação ao cargo, dada sua eliminação do concurso.

Cumprе salientar, que o Edital do Concurso para provimento do cargo de Analista de Controle Externo, estabeleceu um total de 55 vagas, sendo reservado o percentual de 10% (dez por cento) para os candidatos com deficiência, que seriam distribuídas entre as diversas especialidades de funções, enquanto que a cláusula X, item 3, previu a classificação e aprovação dos candidatos em percentual acima do número de vagas (1/3), acabando por criar, assim, um cadastro reserva e a expectativa dos candidatos aprovados dentro dessa reserva de serem convocados para o preenchimento das vagas existentes durante o prazo de validade do certame no caso de ocorrência de preterição arbitrária da administração, por meio da contratação de comissionados para o exercício da mesma função dos candidatos aprovados.

Ora, sabe-se que os candidatos aprovados fora do número de vagas previstas originalmente no edital possuem mera expectativa de direito à nomeação, somente se convolvando em direito subjetivo nas situações excepcionais elencadas pela Corte Suprema, no RE nº 837311/PI, julgado sob o regime de repercussão geral, que restou assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRÍO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSÉ DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do merit system, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput). 2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011. 3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade. 4. O Poder Judiciário não deve atuar como “Administrador Positivo”, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional. 5. Consectariamente, é cediço que a Administração Pública

possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como verbi gratia, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários.

6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inoportunidade da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame.

7. **A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.** Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (Ermessensreduzierung auf Null), **fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.**

8. In casu, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo,

manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. 9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento.” (RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016).

Dessa forma, segundo orientação traçada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame anterior não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, sendo mister a preterição arbitrária e imotivada da administração.

Logo, para configurar a preterição de candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, além da comprovação da existência de cargos vagos em número suficiente a alcançar a posição dos candidatos aprovados na ordem classificatória, necessário restar demonstrado de forma cabal a necessidade inequívoca da Administração prover as vagas durante o prazo de validade do concurso, situação que restou caracterizada no caso em comento.

Pelo que se infere do resultado final do concurso, foram classificados e aprovados 81 candidatos, incluídos os portadores de deficiências, tendo o TCE convocado e nomeado 62 candidatos, o que demonstra a necessidade do provimento de cargos acima das 55 vagas previstas no edital do certame, sendo de se observar que houve uma exoneração e duas desistências, conforme se infere do Memorando nº 007/2016, da Gerência de Gestão de Pessoas (arquivo 29 – evento nº 3).

Entretanto, restaram 19 candidatos aprovados além do número de vagas previstas no certame que não foram nomeados e que estariam sendo preteridos por servidores comissionados exercendo atividades típicas do cargo efetivo de Analista de Controle Externo, enquanto que durante o prazo de validade do certame surgiram 12 vagas, oriundas de aposentadorias, exonerações e falecimento de servidores, conforme comprova o Memorando nº 207/2018, da Gerente de Gestão de Pessoas do Tribunal de Contas do Estado de Goiás (evento nº 70). Ademais, o quantitativo de cargos efetivos de Analista de Controle Externo criado pela Lei nº 15.122/2005 é de 350, enquanto que somente 268 cargos estavam providos, conforme relação publicada no DOE nº 22.154, de 31/08/2015 (arquivo 3 – evento nº 3), enquanto que 59 foram preenchidos através do concurso público em tela, uma vez que dois servidores nomeados desistiram e um pediu exoneração, totalizando, portanto, 23 cargos vagos a serem preenchidos.

É consabido que o acesso no quadro de servidores públicos da administração direta, autárquica ou fundacional, em regra, é realizado mediante prévia aprovação em concurso público destinado ao preenchimento de cargo de provimento efetivo, conforme dicção expressa do art. 37, inciso II, da Constituição da República, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, que destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, inciso V), ou seja, funções que exigem a confiança direta e pessoal da autoridade pública.

A Lei nº 15.122, de 04/02/2005, que instituiu o Plano de Carreiras e o Quadro Permanente de Servidores, os cargos comissionados e as funções de confiança do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, estabelece que o quadro permanente é composto pelos cargos provimento efetivo de Analista de Controle Externo e Técnico de Controle Externo, cujas atribuições estão definidas no Capítulo II, enquanto que os cargos de provimento em comissão, que compreendem as áreas de assessoria, direção e chefia do Tribunal, têm as atribuições descritas no Anexo VIII da referida lei.

Pelo que se extrai da leitura da descrição das atribuições dos cargos, os servidores ocupantes dos cargos de provimento efetivo de Analista de Controle Externo, em resumo, têm atribuição de desenvolver atividades de planejamento, coordenação e execução relativas à fiscalização e ao controle externo da arrecadação e aplicação de recursos do Estado, bem como da administração desses recursos, e no exercício do controle externo, examinar, instruir, organizar e acompanhar processos, documentos e informações relativos a matérias de controle externo que lhe sejam distribuídos, enquanto que os servidores contratados para cargos de comissão têm atribuições de desempenhar atividades de assessoramento direto e de aconselhamento à Presidência, aos Conselheiros, aos Auditores e Procuradores do TCE/GO, bem como às Diretorias e Chefias.

Ocorre que o Tribunal de Contas do Estado de Goiás nomeou, antes e durante o prazo de validade do certame, inúmeros servidores para cargos em comissão de Assessor, que desenvolvem funções típicas do cargo de provimento efetivo de Analista de Controle Externo, em burla às regras constitucionais.

Como já dito, os cargos de provimento em comissão são direcionados exclusivamente para o exercício de atribuições de direção, chefia ou assessoramento, conforme estabelece o artigo 37, inciso V, da CF, não se harmonizando, assim, com o exercício de atribuições que, além de inequivocamente técnicas, exigem independência e imparcialidade, como sói acontecer no caso em exame que envolve o desempenho de atividade fiscalizatória e de controle.

In casu, pela análise dos documentos constantes do inquérito civil público instaurado pelo *parquet*, constata-se que vários servidores nomeados para provimento de cargos em comissão de Assessor, que deveriam estar exercendo atividades exclusivas de direção, chefia ou assessoramento, na verdade exercem atividades eminentemente técnicas relativas à análise de licitações, contratos, aposentadorias, fiscalização, com emissão de instruções técnicas, relatórios de auditoria, revisão de aposentadorias, tomadas de contas, pareceres, fazendo as vezes dos Analistas de Controle Externo que deveriam ter sido nomeados ante a prévia aprovação em concurso público, como comprovam os documentos colacionados no evento nº 3 (arquivos 6, 9, 10, 13).

Observe-se que a própria Secretaria de Controle Externo do TCE, no Memorando nº 105/2014, datado de 28/05/2014, reconhece a existência de servidores comissionados lotados naquele departamento exercendo a função de fiscalização (arquivo 3, fls. 196, evento nº 3).

Percebe-se, assim, que os servidores comissionados desempenham atividades meramente técnicas, cujo exercício deveria se dar por servidores concursados, em evidente burla à exigência constitucional de provimento em

cargo público por meio de concurso de provas e títulos, o que configura sem sombra de dúvidas em manifesta preterição ao direito subjetivo de nomeação dos candidatos aprovados no cadastro reserva.

A permanência irregular de servidores comissionados exercendo atividades típicas do cargo de provimento efetivo objeto do concurso público em foco, por si só, demonstra a necessidade do preenchimento das vagas em aberto, transformando a mera expectativa de direito à nomeação dos candidatos aprovados no certame em direito subjetivo.

Desta forma, ressaltando evidente a ilegalidade na contratação pela administração pública de comissionados para o exercício de atividades típicas de Analista de Controle Externo, além da patente necessidade de profissionais nessa área, com a consequente preterição dos candidatos aprovados fora do número de vagas, o que torna obrigatória a convocação destes para preencher os cargos vagos.

Nesse diapasão é o entendimento perfilhado pelos Tribunais Superiores, como revelam as seguintes ementas:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Administrativo. Concurso público. Controle judicial da legalidade dos atos administrativos do Poder Executivo. Possibilidade. Direito à nomeação. Candidato aprovado fora do número de vagas. Preterição comprovada pelo tribunal de origem. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. O controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade não viola o princípio da separação dos poderes. 2. O Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do RE nº 837.311/MS, de relatoria do Ministro Luiz Fux, no qual se discutiu a **“existência, ou não, de direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas oferecidas no edital do concurso público quando surgirem novas vagas durante o prazo de validade do certame”**. No caso dos autos, conforme decidido pelo Tribunal a quo, o direito de nomeação decorreria da exceção prevista no item III da tese firmada no referido julgamento, *in verbis*: **“iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.”** 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 2% (art. 1.021, § 4º, do CPC). 5. Majoração da verba honorária em valor equivalente a 10% (dez por cento) do total daquela já fixada (art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC), observada a eventual concessão do benefício da gratuidade da justiça. (STF- ARE 1122828 AgR,

Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-129 DIVULG 28-06-2018 PUBLIC 29-06-2018).

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS DO EDITAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXPECTATIVA DE DIREITO QUE SE CONVOLA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRETERIÇÃO CONFIGURADA. 1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra o Governador do Estado de Minas Gerais com o objetivo de assegurar à impetrante o direito à nomeação para o cargo de Especialista em Educação Básica - EEB - Nível I Grau A - Supervisão Pedagógica, no Município de Lavras-MG, para o qual foi aprovada em 16º lugar. 2. Sustenta a impetrante que, para aquele município, foram oferecidas 3 (três) vagas, mas, com a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar 100/2007 pelo STF no julgamento da ADI 4876, vários funcionários deveriam ser demitidos, o que daria lugar para que ela assumisse o cargo pleiteado. 3. O Tribunal a quo denegou a segurança. 4. O parecer do Parquet Federal bem analisou a questão: "De acordo com o que consta nos autos, foram nomeados 15 candidatos para o referido concurso (fl. 102) e há comprovação de que, durante o prazo de validade do certame, foram realizadas várias contratações temporárias pela Administração para exercer o mesmo cargo pretendido pela Recorrente" (fl. 148, e-STJ). 5. **O STJ possui entendimento sedimentado de que a contratação de servidor em caráter temporário em detrimento de candidato aprovado em concurso público para provimento definitivo gera o direito líquido e certo à nomeação deste.** Nesse sentido: MS 18.685/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 09/08/2017. 6. No caso, a recorrente logrou êxito em comprovar que a contratação temporária de servidores se deu de forma ilegal, visto que ela própria exerce, em caráter precário, o cargo para o qual fora aprovada em concurso. 7. Além disso, à fl. 18, e-STJ, observa-se que a própria Administração Pública do Estado, ainda dentro do prazo de validade do concurso, reconhece a existência de cargo vago em resposta a consulta feita pela insurgente ao Portal da Transparência. 8. Enfim, nessa circunstância, a toda evidência, não restam dúvidas de que, **dentro do prazo de validade do concurso, a manutenção de contratos temporários para suprir a demanda por profissionais da educação pela Administração Pública, na respectiva localidade, demonstra a necessidade premente de contratação de pessoal, de forma precária, para o desempenho da atividade, o que, diante da nova orientação da**

Suprema Corte, faz surgir o direito subjetivo do candidato aprovado no certame ainda válido à nomeação. 9. Portanto, há direito líquido e certo a ser amparado pelo Mandado de Segurança. 10. Recurso Ordinário provido.”(STJ - RMS 55.675/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 23/05/2018).

Portanto, se durante o prazo de validade do certame, houve o surgimento de vagas e a Administração Pública manifestou de forma inequívoca a necessidade do seu provimento, com a manutenção irregular de servidores comissionados para suprir essa demanda de pessoal em detrimento de candidatos aprovados, faz exsurgir o direito destes à nomeação no cargo de Analista de Controle Externo.

Por tudo isso, impõe-se a condenação dos Réus na obrigação de nomear todos os candidatos remanescentes do cadastro reserva do concurso público para provimento do cargo de Analista de Controle Externo, medida que não configura ofensa ao princípio da separação de poderes, ao revés apenas controle da ilegalidade/arbitrariedade cometida pela Administração Pública.

Por outro lado, incumbe a Corte de Contas, no exercício do seu poder discricionário, promover a exoneração dos servidores ocupantes de cargo em comissão, não podendo o Judiciário determinar a exoneração de todos, sem avaliar quais desses servidores continuam exercendo ou não o cargo de forma irregular, sob pena de serem cometidas injustiças.

Na confluência do exposto, **julgo parcialmente procedentes** os pedidos deduzidos na inicial para condenar os Réus a procederem a nomeação dos candidatos aprovados dentro do cadastro reserva remanescentes do Concurso Público para provimento do cargo de Analista de Controle Externo, regido pelo Edital nº 001/2014.

Deixo de condenar os Réus no pagamento de custas processuais, porque não houve adiantamento, tampouco no pagamento de honorários advocatícios, porquanto a propositura da ação civil pública constitui função institucional do *parquet*.

P. R. I.

GOIÂNIA, 30 de setembro de 2019.

REINALDO ALVES FERREIRA
Juiz de Direito