

Carlos Patrocínio: Aprovado em reserva é nomeado se abrir vaga

Eis um quadro bastante comum: um cidadão presta um concurso público e consegue aprovação apenas para o cadastro de reservas. Este mesmo cidadão, após ver todos os aprovados dentro do número de vagas serem nomeados, tem ciência que o Estado passou a contratar terceirizados para exercer funções idênticas àquelas previstas para o cargo que prestou o concurso. Este candidato teria direito à nomeação para aquela vaga durante a vigência do seu concurso, mesmo que aprovado apenas dentro do chamado cadastro de reservas?

Enquanto o Superior Tribunal de Justiça já apresenta um esboço bastante claro de resposta, o Supremo Tribunal Federal vem sedimentando-a, tal qual fizeram com a análise do direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto em edital de concurso público. A correlação entre estas duas situações é bastante importante, já que a análise deste direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados em concurso, mas classificados fora das vagas inicialmente previstas apresenta uma trajetória bastante parecida com a apreciação deste mesmo direito quando relacionado com os aprovados dentro destas vagas na Corte Constitucional, entendimento este já consolidado.

Para consolidar o entendimento para aqueles aprovados dentro das vagas, fora necessária a apreciação de uma quantidade expressiva de mandados de segurança, fazendo, inclusive, com que o STF reconhecesse a constitucionalidade da discussão, assim como a repercussão geral do tema, que teve como *leading case* o Recurso Extraordinário 598.099/MS[1].

O caso paradigmático tratava de recurso extraordinário interposto pelo Estado do Mato Grosso do Sul contra acórdão do STJ, que deu provimento a recurso ordinário e reconheceu o direito subjetivo à nomeação daqueles classificados dentro do número de vagas previstas em certame público.

Ao negar provimento à irresignação extraordinária do Estado do Mato Grosso do Sul, o STF, no âmbito do Recurso Extraordinário mencionado, reconheceu expressamente o direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas, conforme trecho da ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. (...) V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314 RTJ VOL-00222-01 PP-00521)

Além da importância decorrente do próprio reconhecimento da repercussão geral do tema e da fixação de precedente, o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes é bastante interessante ao trazer a cronologia da análise deste tema no STF, desde 1963, quando da edição da Súmula 15[2] do Tribunal constitucional até o momento do julgado aqui citado.

Vejamos que, à época da edição da referida Súmula 15, os candidatos de concursos públicos, mesmo quando aprovados e classificados dentro do número de vagas previstas em edital não tinham direito subjetivo à nomeação, mas mera expectativa de direito. A convolação do segundo no primeiro só ocorreria, sempre segundo entendimento do STF à época, quando houvesse preterição na ordem de nomeação. O reconhecimento incondicional demorou alguns anos, mas chegou, conferindo maior segurança àqueles que prestam concursos públicos.

Fazendo um exercício semelhante ao realizado pelo Ministro Gilmar Mendes, ou seja, analisando a cronologia dos entendimentos dos nossos Tribunais Superiores com relação a este direito à nomeação dos candidatos aprovados fora do número de vagas, podemos constatar que, em meados de 2010, o STJ tinha entendimento bastante parecido com aquele do STF com relação ao direito dos candidatos aprovados dentro do número de vagas antes da edição da Súmula 15[3]. Este entendimento veio a evoluir para algo parecido com aquilo que a mencionada Súmula previa nos anos seguintes, mais intensamente a partir de 2012 e 2013[4].

O STF, nesta época, na maioria das vezes, seja por entender que a análise da tese envolveria matéria de fato, seja por entender que os recursos extraordinários sobre o tema não conteriam ofensa direta a constituição, quase que invariavelmente não conhecia os recursos, de modo que não apreciava seu mérito. Isto começou a mudar no ano de 2014, quando fora analisada a ocorrência de repercussão geral em duas situações similares, que tratavam desta situação em especial: (i) o Recurso Extraordinário 808.524/RS (protocolo no STF em 22/04/2014) e (ii) o Recurso Extraordinário 837.311/PI (protocolo no STF em 15/09/2014).

No primeiro caso, por entenderem que não restou demonstrada a ofensa direta a dispositivo constitucional, apenas ofensa reflexa, os Ministros do STF não reconheceram a repercussão geral e

deixaram de apreciar o mérito da tese proposta[5].

Já com relação ao segundo caso citado, os Ministros reconheceram a existência de repercussão geral, sendo certo que, o Ministro Relator Luiz Fux destacou, expressamente, o fato do objeto do Recurso Extraordinário 837.311 extrapolar a matéria decidida no âmbito do já citado Recurso Extraordinário 598.099, valendo transcrever trecho de seu relatório[6]:

Ademais, a matéria tem âmbito constitucional e vai além da questão já decidida no RE 598.099, pois, in casu, exsurge o debate acerca do direito à nomeação dos candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital do concurso, podendo, ser analisada, ainda, a situação do cadastro de reserva. As questões relativas aos concursos públicos são recorrentes e indica a relevância da controvérsia travada nos autos, que, de longe, supera os estreitos limites desta lide.

É bem verdade que o mérito do recurso ainda não foi apreciado, mas, se o Ministros do STF seguirem o parecer da Procuradoria Geral da República, protocolado em 30/03/2015[7], os candidatos nesta situação podem ter motivos para ficar felizes, eis que o Ilustre Procurador-Geral da República opinou pelo não-provimento do Recurso Extraordinário do Estado do Piauí, valendo transcrever importantes trechos do citado Parecer:

Entende-se como razoável a afirmação de que a presença de vagas desocupadas em dado órgão significa um maior ou menor déficit na prestação do serviço público para o qual foram criadas, o que resulta invariavelmente em prejuízo para seus usuários.

A falta de pessoal para o desempenho de funções administrativas ou finalísticas, comum na administração pública brasileira, é visivelmente agravada pela existência de vagas e pela manifestação inequívoca do próprio órgão da necessidade de convocação de novos servidores ante a demanda de trabalho e da intenção de realizar novo concurso público para provimento de vagas para as quais ainda havia certame aberto e válido e candidatos certamente qualificados para ocupá-las.

É certo que os impetrantes do mandado de segurança originário não constavam da lista dos aprovados às vagas previstas no edital, entretanto, ante a necessidade de novos defensores públicos para comporem os quadros do órgão e a sua expressa e ostensiva declaração pela cúpula da Defensoria Pública do Piauí, criou-se motivo apto à convocação dos candidatos.

Do trecho citado nota-se que, o Procurador-Geral entende que fatores como (i) presença de vagas desocupadas, (ii) a demonstração da necessidade de convocação de novos servidores públicos e (iii) a mera manifestação de intenção de realização de novo concurso público enquanto ainda pendia um certame em aberto e válido, são suficientes para motivar a convocação dos candidatos aprovados naquele concurso, mesmo se, originariamente, fora do número de vagas inicialmente previstas no Edital.

Ou seja, de forma que entendo correta, opinou por uma aproximação, por um encontro à tese já defendida pelo STJ que, em 2015[8], apresenta um posicionamento bastante consistente e uniforme sobre o tema, balizado em condições quase que idênticas àquelas mencionadas pelo Procurador-Geral.

O STF ainda não analisou o mérito, mas não nos parece razoável (e sequer provável) que a Corte

Constitucional decida de forma diversa, principalmente se considerarmos a forma como tratou o correlato direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital.

A resposta definitiva ao questionamento que fiz no início do texto ainda não foi dada pelo STF, mas, considerando a resposta afirmativa do STJ, não apenas entendo que a resposta seja um retumbante sim, como ela não parece estar muito distante, inclusive com repercussão geral.

[1] Conforme andamento processual no site do STF, o processo transitou em julgado em 01/03/2013.

[2] Súmula 15 – Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

[3] PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VAGA. CADASTRO DE RESERVA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. O Anexo I do Edital (e-STJ, fl. 28) estabelece o quantitativo de vagas existentes e a remuneração correspondente a cada cargo. Por sua vez, observa-se que não houve qualquer oferta de vagas para o cargo ao qual o impetrante pretende ser nomeado. 2. Não há falar em direito subjetivo à sua nomeação, porquanto o candidato foi aprovado fora do número de vagas ofertadas no concurso. Precedentes: AgRg no REsp 1.140.603/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 8.3.2010; RMS 31.804/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1º.6.2010, DJe 1º.7.2010. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no RMS: 32479 MS 2010/0122324-1, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 28/09/2010, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/10/2010)

[4] CONCURSO PÚBLICO. CLASSIFICAÇÃO EM CADASTRO DE RESERVA. PRETENSÃO DE NOMEAÇÃO. SUPOSTA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA O MESMO CARGO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. 1. A jurisprudência deste Tribunal orienta-se por admitir a convalidação da mera expectativa de direito em direito público subjetivo quando o candidato aprovado fora do número de vagas tem sua nomeação preterida diante do surgimento, dentro do período de validade do concurso, de vacância do cargo ou de contratação temporária para as mesmas funções. 2. É forçoso, no entanto, a comprovação dessa situação por quem a alega, não havendo no caso concreto evidência de que a contratação temporária efetuada pela Administração tocantinense tenha sido exatamente para as mesmas funções do cargo público oferecido no edital do concurso. 3. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg nos EDcl no RMS: 40715 TO 2013/0017421-0, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 03/09/2013, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/09/2013)

[5] Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTÉRIO. DIREITO À NOMEAÇÃO. PRETERIÇÃO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS DO EDITAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Não possui repercussão geral a controvérsia relativa ao direito à nomeação de candidato participante de concurso público, quando decidida pelo Juízo de origem à luz da legislação infraconstitucional, dos fatos da causa e das cláusulas do edital do certame. 2. Inviável, em recurso extraordinário, apreciar alegada

violação aos arts. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal, quando isso depender de interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais (AI 796.905-AgR/PE, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 21.5.2012; AI 622.814-AgR/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 08.3.2012; ARE 642.062-AgR/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 19.8.2011). 3. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Constituição Federal se dê de forma indireta ou reflexa (RE 584.608 RG, Min. ELLEN GRACIE, Pleno, DJe de 13/03/2009). 4. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC. (ARE 808524 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 29/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 09-06-2014 PUBLIC 10-06-2014)

[6] Relatório disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7378722>

[7] Parecer disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=306503636&tipoApp=.pdf>

[8] ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXPECTATIVA DE DIREITO QUE SE CONVOLA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado pela ora agravada contra ato atribuído ao Secretário de Educação e ao Secretário de Administração do Estado de Pernambuco. 2. Alega a impetrante que tem direito à nomeação imediata para ocupar o cargo de Professor de Português com exercício no Município de Terra Nova-PE, diante da evidente preterição decorrente da contratação temporária de professores para o exercício do referido cargo. 3. A candidata no Concurso Público realizado ficou em 4º lugar, e havia três vagas. Ficou demonstrado que existiram várias contratações temporárias, inclusive da própria impetrante que foi contratada diversas vezes, de forma precária, como Professora de Português, dentro do prazo de validade do certame, pois houve prorrogação (fls. 63, 118 e 119). 4. O STJ adota o entendimento de que a mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público (fora do número de vagas) convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. 5. Nesse mesmo sentido, o parecer do Parquet estadual, quando afirma que deve ser concedida a segurança, ante a comprovação de contratação temporária de Professor de Português, inclusive da própria impetrante, na respectiva localidade, durante o prazo de validade do certame. 6. 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 Professores de Português 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. 7. Assim, há direito líquido e certo a ser amparado pelo Mandado de Segurança. 8. Agravo Regimental não provido. (AgRg no RMS 42.717/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 31/03/2015)

Date Created

31/07/2015