Igor Zwicker: Jurisprudência do STF nas nomeações

Chamou a atenção recente decisão da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que reformou acórdão regional que havia declarado a ocorrência de preterição de candidatos aprovados em concurso público da Caixa Econômica Federal, em razão de terceirização ilícita de pessoal, por divergir da

caráter vinculante, do Supremo Tribunal Federal (STF) [1].

Neste artigo, pretendo trazer, de forma resumida e prática, toda a jurisprudência vinculante do STF a respeito do tema, e darei especial destaque ao ônus da prova — questão aparentemente esquecida nos debates e nas decisões judiciais.

A título de registro histórico, o STF tem consolidado, desde 1963, a Súmula nº 15 (meramente persuasiva e não vinculante), que diz: *"Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação"*.

Porém, ressalte-se que, como veremos a seguir, a Súmula nº 15 passou a conter um enunciado de caráter vinculante, não porque foi convertida em súmula vinculante, mas porque seu conteúdo foi incorporado em tese de caráter vinculante, jungida a tema de repercussão geral, no mérito.

Pois bem.

A partir de 2011, o STF passou a definir teses — vinculantes — jungidas a temas de repercussão geral, no mérito.

Basicamente, foram três os temas que tiveram a repercussão geral reconhecida — e o julgamento, no mérito: Tema nº 161 [2], Tema nº 671 [3] e Tema nº 784 [4].

Em 10 de agosto de 2011, o STF definiu a tese quanto ao Tema 161 [5], assim delineada: *"O candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital possui direito subjetivo à nomeação"*.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Aqui tivemos a primeira grande tese. Atento às circunstâncias fáticas que motivaram a sua criação, oSTF definiu que é possível à Administração exercer juízo de discricionariedade sobre nomear ou nãonomear o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital, mas somente em relação aotempo: quando nomeará.

Quanto à própria nomeação, o ato é vinculado — a Administração estará obrigada a fazê-lo (altíssimo grau de juridicidade) — e a nomeação deve ocorrer dentro do prazo de validade do certame.

Isso, é claro, se o edital previu número de vagas e o candidato foi aprovado dentro dessas vagas previstas. Se esta for a hipótese, o candidato passa a ter direito líquido, certo e inequívoco à nomeação e o poder público, um dever que lhe é imposto.

Aqui, o STF firmou que é da Administração Pública o ônus da prova, em caso de não nomeação, ônus que só poderá ser desincumbido da seguinte forma:

1) Demonstração de situação "excepcionalíssima" (textuais) — exaustivamente fundamentada, à luz de interesse público que justifique a não nomeação — interesse público primário, da coletividade, e não meramente secundário, da máquina estatal.

2) Demonstração de superveniência, que deve ser posterior à publicação do edital do concurso público.

3) Demonstração de imprevisibilidade, forjada por circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis à época da publicação do edital.

4) Demonstração de gravidade, de modo que a situação excepcionalíssima se apresente extremamente grave e o cumprimento das regras do edital resulte em onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo em impossibilidade de cumprimento.

5) Demonstração de extrema necessidade da não nomeação do candidato aprovado no certame, dentro das vagas disponibilizadas no edital, e não existirem meios menos gravosos para solucionar a situação excepcionalíssima.

Repita-se: o ônus da prova é da Administração, passível de controle pelo Poder Judiciário.

Em 26 de fevereiro de 2015, o STF definiu a tese quanto ao Tema 161 [6], assim delineada:
"Na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante".

Por fim, em 9 de dezembro de 2015, o STF definiu a tese quanto ao Tema 784 [7], assim delineada:

"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, caracterizada 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, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses:
I — Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;
II — Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação;
III — Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame

anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima".

Quanto aos itens I e II (primeira e segunda hipóteses), o STF reprisa a tese quanto ao Tema 161 e o enunciado da Súmula nº 15, respectivamente, fazendo-lhes expressa referência nos fundamentos. Nessas hipóteses, a solução jurídica já foi dada: a nomeação é direito líquido, certo e inequívoco do candidato aprovado.

O item III traz duas hipóteses novidadeiras, cuja situação fática é outra: nelas, não há mais um candidato aprovado dentro das vagas previstas no edital. São elas:

1) novas vagas, surgidas para além daquelas já previstas no edital, e dentro do prazo de validade do certame (ou seja, candidatos efetivamente aprovados no concurso, mas fora do número de vagas previstas no edital); ou

2) abertura de novo concurso para o mesmo cargo, dentro do prazo de validade do concurso anterior, com previsão de novas vagas, surgidas para além daquelas já previstas no edital antecedente.

Para essas hipóteses, o STF entende que não se trata mais de direito líquido, certo e inequívoco do candidato à nomeação, mas tão somente de ato discricionário (volitivo) da Administração.

Nessas duas últimas hipóteses, a nomeação somente passa a ser direito líquido, certo e inequívoco do candidato aprovado se demonstrada a "inequívoca" (textuais) necessidade de nomeação do candidato aprovado durante o período de validade do certame, "a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato" (textuais).

Ou seja, para essas hipóteses, o ônus da prova é do candidato.

O processo do TST, citado no início deste artigo, é hipótese clássica de preterição arbitrária e imotivada: mesmo com o concurso vigendo, mesmo com candidatos aprovados, ainda que fora das vagas inicialmente previstas no edital, a Administração não os contrata ou admite, mas terceiriza os serviços equivalentes.

E por que o TST não conferiu o direito ao candidato aprovado? A meu juízo, por uma teratologia no julgamento do STF, que definiu, previamente e em abstrato (na tese) que o ônus da prova é do candidato, o qual deverá demonstrar a arbitrariedade da Administração; tal ônus, se não impossível, é de excessiva dificuldade de cumprimento.

No caso do TST, decidiu-se que o candidato não se desincumbiu de tal ônus. E provavelmente nenhum candidato se desincumbirá, ou, na melhor das hipóteses, quase todos falharão nesse encargo.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

É claríssima a maior facilidade de obtenção da prova do fato pela própria Administração, que detém os poderes de gestão e direção da máquina estatal e o conhecimento de toda a documentação, tratativas, reuniões, previsões orçamentárias, uso do orçamento e demais questões relativas à demonstração, por exemplo, da necessidade da terceirização (caso do TST), em detrimento da contração ou admissão de um candidato legitimamente aprovado em concurso público.

A pergunta que não quer calar é uma só: é possível, então, que o juiz inverta o ônus da prova, e atribua à Administração tal ônus, com fundamento nos artigos 15 e 373, §1º, do Código de Processo Civil (CPC)? Ou inverter tal ônus seria o mesmo que, às avessas, descumprir a tese vinculante jungida a tema de repercussão geral?

Parece-me que o Poder Judiciário, ao imputar um ônus absolutamente desproporcional ao candidato, tem entendido que a tese vinculante não dá margens à inversão do ônus da prova, na contramão do poder-dever-função imposto a todos os sujeitos do processo — entre eles incluído o juiz — de cooperar entre si para a obtenção de uma decisão de mérito efetiva, proferida em tempo razoável e, acima de tudo, justa.

[1] TST-RR-10261-64.2016.5.03.0063, 4ª Turma, relator ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 25/03/2022.

[2] *"161 — Nomeação de candidato classificado entre as vagas previstas no edital de concurso público".*

[3] *"671 — Direito de candidatos aprovados em concurso público a indenização por danos materiais em razão de alegada demora na nomeação, efetivada apenas após o trânsito em julgado de decisão judicial que reconheceu o direito à investidura".*

[4] *"784 — Direito à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital de concurso público no caso de surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do certame".*

[5] Tese definida no RE 598.099, relator ministro Gilmar Mendes, Pleno, julgado em 10-8-2011, DJe de 3/10/2011, Tema 161.

[6] Tese definida no RE 724.347, relator ministro Marco Aurélio, red. p/ o acórdão ministro Roberto Barroso, Pleno, julgado em 26/2/2015, DJe de 13/5/2015, Tema 671.

[7] Tese definida no RE 837.311, relator ministro Luiz Fux, Pleno, julgado em 9/12/2015, DJe de 18/4/2016, Tema 784.

Date Created
29/06/2022

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.