

Pronunciamento Ministerial

Relatório

Trata-se de ação cível ordinária proposta por _____ e outras oito pessoas, em 15 de abril de 2010, contra o Município de São Félix, objetivando cumprimento da obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais e materiais. Alegam os autores terem sido aprovados no concurso público realizado pelo Executivo Municipal que fora homologado em 18 de novembro de 2008, no entanto nunca foram convocados para assumir os respectivos cargos, apesar de existirem prestadores de serviços ocupando-os. Considerando que a primeira nomeação se deu em 16 de abril de 2009, entendem que, na mesma ocasião, deveriam ter sido convocados e, como não o foram, mereceriam receber os valores correspondentes aos salários não percebidos desde então. Pedem sua nomeação e posse por terem sido aprovados entre as vagas oferecidas no edital, bem como indenização por danos materiais, correspondentes às remunerações não pagas, e morais, pelo abalo emocional decorrente dessa espera indefinida. Requerem, ainda, a nulidade dos exames médicos de sanidade física e mental e dos psicotestes, cujos critérios não ficaram estabelecidos no edital. Juntaram vários documentos, dos quais se destacam os seguintes: edital nº 01/2008 – abertura das inscrições (fls. 56 a 95); resultado da prova de conhecimentos e da prova de títulos (fls. 96 a 151); edital nº 02/2009 – convocação de candidatos para apresentação de documentos e realização de exames de sanidade mental e física (fls. 152 a 155). Deles, extrai-se a seguinte tabela

Autor	Cargo	Colocação	Qtde. Vagas
x	Aux. Serv. Gerais	33	75
xxx	Aux. Serv. Gerais	69	75
xxx	Aux. Serv. Gerais	62	75
y	Aux. Serv. Gerais	74	75
yy	Aux. Serv. Gerais	43	75
yyyy	Aux. Serv. Gerais	63	75
z	Aux. Serv. Gerais	51	75
zz	Aux. Serv. Gerais	25	30
zzzzzzzz	Pedreiro	2	5

A autora _____ requereu a desistência da ação porque foi convocada após o início da ação e antes mesmo da citação (fl. 161).

Citado, o Município de São Félix nega a existência de prestadores de serviços para os cargos de auxiliares de serviços gerais, gari e pedreiro, para os quais foram aprovados os autores; alega que as vagas disponibilizadas no edital nº 01/2008 não corresponderiam à realidade do município, ou seja, existiriam mais cargos do que os necessários em alguns casos e menos em outros. Afirma que, por conta disso, a Lei Municipal nº 201/2010 modificou o quantitativo de alguns cargos, incluindo os sob análise, pois não teria existido programação devida quando foi elaborado o edital multencionado. Com isso, hoje existiriam 30 cargos de auxiliares de serviços gerais, dos quais apenas 02 estão vagos, 30 de garis e 14 de pedreiros, todos já preenchidos, portanto não haveria disponíveis a serem preenchidos pelos autores. Ademais, a contratação de mais servidores ofenderia os limites de pessoal impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, que já está no índice prudencial. Finaliza que inexistiram danos a serem reconhecidos pois se prorrogou o prazo de validade do concurso até 18/11/2012, logo, como os candidatos sabiam dessa possibilidade, não poderiam exigir sua nomeação antes do fim desse prazo, nos termos do item 6 do edital, afinal o gestor possui a conveniência e oportunidade de fazê-lo dentro da vigência do certame. Refuta a nulidade das avaliações física, médica e psicológica, pois esta fase se encontra expressa no item 86 do edital que regeu a seleção, norma que não foi impugnada no momento devido. Junta farta documentação.

Intimados a se manifestar sobre os documentos juntados pelo requerido, os suplicantes silenciaram.

Designada audiência de conciliação, a advogada dos autores não compareceu.

O magistrado homologou a desistência da ação por parte de _____.

Posteriormente, os autores desistiram dos danos morais, pugnando pelo julgamento da lide no estado em que se encontrava, o que foi acolhido pelo magistrado, determinando a remessa dos autos para manifestação ministerial.

Fundamentação Jurídica

Do cotejo entre inicial e contestação, depreendem-se os seguintes pontos incontroversos:

a) os autores foram aprovados entre as vagas dos cargos para os quais concorreram no concurso público realizado pela Prefeitura Municipal de São Félix e homologado em novembro de 2008;

b) os autores não foram nomeados dentro de dois anos, prazo inicial de validade do concurso;

Cabe-nos analisar as seguintes questões controvertidas:

a) O Poder Público tem a obrigação de convocar os aprovados em concurso público dentre as vagas oferecidas no edital ou esse ato seria de conveniência e oportunidade do gestor?

b) Sendo obrigação, essa convocação teria de ser imediata ou poderia ocorrer até o prazo inicial de validade do certame ou até sua prorrogação?

c) Há prestadores de serviço contratados temporariamente ocupando cargos que deveriam ser providos pelos autores?

d) Poderia o Poder Público, após oferecer as vagas em edital, reduzir seu quantitativo por meio de lei?

e) Deve o Poder Público deixar de convocar servidores aprovados em concurso por estar na iminência de atingir o limite prudencial de gastos imposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal?

f) Poderiam os autores, neste momento, refutarem a validade de previsão dos exames médicos, físicos e psicotécnicos, que constavam no edital?

g) Os requerentes possuem o direito de receber as remunerações por conta da falta de nomeação? Em caso positivo, a partir de quando?

A – EXISTÊNCIA DO DEVER DE CONVOCAR OS APROVADOS

Inicialmente, a jurisprudência vinha considerando que a nomeação e a admissão de concursados são atos discricionários da Administração Pública, a qual, através de critérios de conveniência e oportunidade, decidiria se estaria, ou não, precisando de mão-de-obra para o exercício das atribuições do cargo efetivo relacionado ao certame. Recentemente, depois de oscilar entre esta e a posição adversa, algumas

turmas do Superior Tribunal de Justiça passaram a decidir que o candidato aprovado em concurso público, desde que dentro das vagas previstas no edital, exceto as de cadastro de reserva, tem direito líquido e certo à nomeação/admissão, do que são exemplos as decisões abaixo:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital tem direito subjetivo de ser nomeado e empossado no prazo de validade do certame.

STJ RMS 26447 / MS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA- DJe 13/10/2009

“(...) A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e a posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital” (STJ, RMS 19.922/AL, relator Ministro Paulo Medina, publicação DJ 11/12/2006, Sexta turma, decisão unânime).

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO. CANDIDATO CLASSIFICADO DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ATO VINCULADO. Não obstante seja cediço, como regra geral, que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito, tem-se entendido que, no caso

do candidato classificado dentro das vagas previstas no Edital, há direito subjetivo à nomeação durante o período de validade do concurso. Isso porque, nessa hipótese, estaria a Administração adstrita ao que fora estabelecido no edital do certame, razão pela qual a nomeação fugiria ao campo da discricionariedade, passando a ser ato vinculado. (STJ, RMS 15.034/RS, relator Ministro Felix Fischer, publicação DJ 29/03/2004, Quinta turma, decisão unânime).

Embora o STF viesse entendendo que o candidato aprovado em concurso público tornava-se detentor de mera expectativa de direito, não de direito à nomeação, a não ser que o cargo viesse a ser preenchido sem observância da classificação, essa posição encontra-se superada diante da noção cada vez mais evidente de que a discricionariedade do administrador não pode prejudicar direitos dos cidadãos e de que à Administração compete a obrigação de resguardar a moralidade e a responsabilidade em fundamentar seus atos. Ora, quando se estabeleceu a necessidade do concurso, prevendo as vagas no edital, estas já existiam e já fora reservado o orçamento necessário para seu preenchimento (ou pelo menos presume-se que assim deveria ter sido). Não pode a Administração, irresponsavelmente, criar uma falsa expectativa, atraindo milhares de pessoas como concorrentes, que irão pagar a taxa, estudar, dedicar-se ao concurso e, de repente, serão aprovadas para subitamente receberem a notícia de que não serão preenchidos os cargos anunciados. Por tal razão, o Supremo, seguindo a linha assumida pelos Ministros do STJ, mudou seu posicionamento, como no RE 227.480-7, RJ, Relatora Designada Ministra Carmen Lúcia, em 16/09/2008:

“Direitos Constitucional e Administrativo. Nomeação de Aprovados em Concurso Público. Existência de vagas para cargo público com lista de aprovados em concurso vigente: Direito Adquirido e Expectativa de Direito. Direito Subjetivo à nomeação. Recusa da Administração em Prover Cargos Vagos: Necessidade de Motivação. Arts. 37, II e IV, da Constituição da República. Recurso Extraordinário ao qual se nega provimento. 1. Os candidatos aprovados em concurso público têm

direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. 2. A recusa da Administração em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.”

No mesmo sentido, há doutrina, da qual citamos dois exemplos:

Quando um concurso é lançado e o número de vagas está expressamente previsto no edital, é porque os cargos vagos existem e já há previsão orçamentária para aquelas vagas, ou seja, a Administração tem os recursos necessários para admitir ou nomear e tem necessidade de servidores/empregados.

Do outro lado há milhares de candidatos que, diante da possibilidade de ter uma melhor condição, se abstém do lazer, da família e muitas vezes do próprio emprego dedicando-se ao máximo para galgar uma posição que lhes garantam uma vitória.

Diante da promessa de ingresso no serviço público e da existência de cargos vagos, o candidato luta por uma aprovação que lhe permita nomeação ou admissão, ou seja, dentro do número de vagas. Não pode a Administração frustrar essa legítima expectativa, sob o argumento de que não mais necessita de servidores ou de que não tem os recursos para tal, pois os recursos já existem e, se não houvesse necessidade de pessoal, o Concurso teria sido para cadastro de reserva. (COSTA, Bernardo Brandão, in

<http://www.pciconcursos.com.br/consultoria/aprovacao-dentro-do-numero-de-vagas-direito-a-nomeacao>)

Se a Administração oferece no edital determinado número de vagas, é evidente que os candidatos aprovados no limite tem efetivamente direito a nomeação. Se, contudo, não foi fixado o número de vagas cuja ocupação se pretende, - o que em princípio não nos parece correto, - é razoável presumir-se que o concurso se destina às vagas existentes e às que vierem a ocorrer no período de validade do concurso.

A não nomeação nessas condições viola direito líquido e certo do cidadão-candidato, passível de ser contrastado não só perante o Judiciário, mas também junto aos Tribunais de Contas. (**FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby**. Concurso público e os direitos dos candidatos . Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 32, jun. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=389>>. Acesso em: 05 out. 201023 set. 2010).

Comungamos com essa ideia. Entendendo, pois, que a nomeação e posse são direitos subjetivos daquele que logrou êxito num concurso público dentro das vagas previstas no edital, resta saber se a convocação deve fazer-se imediatamente após a homologação do concurso ou se pode ocorrer dentro do prazo inicial de validade do certame ou postergado em caso de prorrogação.

B – PRAZO PARA CONVOCAÇÃO DOS APROVADOS

Ao publicar edital convocatório para realização do concurso, a Administração tem o dever de já possuir previsão orçamentária para contratação dos aprovados, pois anuncia aos inscritos a existência de tantas vagas já disponíveis e, ao mesmo tempo, a possibilidade de outras a serem ocupadas caso surjam durante o período de validade do certame. Assim, a não ser que, no edital, haja menção a uma programação de suprimimento das vagas (X no primeiro período, Y no segundo, etc), subentende-se que aquelas já estão disponíveis e serão suprimidas assim que finalizada a seleção, pois um concurso só é iniciado após prévia programação do Poder Público, na qual deverá o gestor atentar para as despesas dele decorrentes, a necessidade efetiva dos tipos e quantidades de cargos a serem providos; este seria o momento de exercer seu juízo de conveniência e oportunidade para deixar claro aos interessados em concorrer ao certame sua expectativa quanto às vagas existentes. Não haveria sentido em estabelecer-se a existência de um número de vagas se elas poderiam ser suprimidas a qualquer tempo, a

depende da conveniência do gestor. Consideramos, assim, que a nomeação dos aprovados deveria ser imediata ou dentro de prazo razoável para a Administração organizar-se logo após a homologação do certame. O prazo de validade do concurso serve para que eventuais vagas que surjam possam ser preenchidas pelos remanescentes da lista de aprovados, sem necessidade de abertura de novo certame.

C – EXISTÊNCIA DE CONTRATADOS TEMPORÁRIOS NAS VAGAS OFERECIDAS A CONCURSADOS

Houve discordância quanto a esse ponto. Caberia a quem o alegou provar, no entanto não o fez. Dessa forma, prevalece a negativa do gestor, pois os autores que o levantaram não demonstraram que havia contratados temporariamente exercendo seus cargos, portanto tal ponto não influirá na decisão judicial a respeito dessa matéria.

D – REDUÇÃO DAS VAGAS POR LEI POSTERIOR

Quando o edital para concurso sob exame foi publicado em 03 de março de 2008, vigia a Lei Municipal nº 137, de 22 de fevereiro de 2008, que criou os cargos previstos naquele certame, cuja validade findaria em 18 de novembro de 2010 (hoje prorrogada por mais dois anos). Em 24 de maio de 2010, por iniciativa do novo gestor, publicou-se a Lei Municipal nº 201, que revogou a supracitada norma e extinguiu diversos cargos, inclusive alguns previstos na seleção acima, valendo destacar o seguinte dispositivo:

“Art. 1º, § 3º: Os cargos que não estiverem relacionados e descritos no anexo I desta Lei estarão extintos a partir da publicação desta e não poderão ser preenchidos pelo Poder Executivo Municipal por candidatos aprovados em concurso público vigente ou ter vagas abertas em novo concurso público, por serem considerados desnecessários para a administração pública municipal.”

Considerando que os candidatos aprovados dentro das vagas previstas no edital possuem direito subjetivo a serem nomeados, conforme razões acima, não pode uma lei posterior frustrar o exercício deste com efeitos retroativos, sob pena de ferir o art. 5º, XXXVI, da Constituição da República (“**A lei não prejudicará o direito**

adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” – grifo nosso). Nesse sentido, vale citar a lição de Celso Bastos, ao conceituar o direito adquirido:

“Constitui-se num dos recursos de que se vale a constituição para limitar a retroatividade da lei. Com efeito, esta está em constante mutação; o Estado cumpre o seu papel exatamente na medida em que atualiza as suas leis. No entanto, a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais de segurança do homem na terra”. (Celso Bastos , Dicionário de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 43).

Como a situação jurídica já estava consolidada (direito do aprovado a ser nomeado dentro do prazo de validade do concurso), conforme fundamentação já exposta, não poderia a norma supracitada retroagir para gerar efeitos que prejudiquem os impetrantes e todos os demais que se encontrem nessa situação. Assim, tal dispositivo, sob pena de incidir em inconstitucionalidade, merece uma leitura em conformidade com a Carta Magna, desconsiderando-se o trecho *“por candidatos aprovados em concurso público vigente”*.

E – LIMITE PRUDENCIAL DE GASTOS IMPOSTO PELA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Segundo a certidão de fl. 341, emitida pelo contador da Prefeitura, *“o Município de São Félix, até o mês de junho de 2010, estaria com um índice de pessoal de 49,13%, estando próximo ao limite máximo da Lei de Responsabilidade Fiscal (...) e do limite prudencial”*, sem levar em conta o *“aumento salarial dado aos efetivos no ano de 2010”*.

O limite máximo para o Executivo Municipal, segundo o art. 20, III, b, da Lei Complementar nº 101/2000, é de 54% da receita líquida. Quanto a este, cabe a cada gestor, antes mesmo de atingi-lo, observar o respeito ao limite prudencial, que, nos termos do art. 22, parágrafo único, da mesma norma seria 95% daquele percentual, ou seja, 51,30% da receita líquida.

Entre 49, 13% e 51,30%, há uma diferença de mais de dois por cento, portanto não é tão evidente, como tenta fazer crer o Executivo, que o limite prudencial

está prestes a ser atingido. Tendo em vista que a renda de um Município é de milhões e que a remuneração de cada um dos autores giraria em um salário mínimo, não há como chegar a qualquer conclusão por meros percentuais. Deveria ter o Requerido comprovado que a nomeação dos suplicantes geraria esse problema. Para tanto, apresentaria valores da renda líquida, do impacto das contratações com base na remuneração dos servidores, bem como dos gastos posteriores já previstos para o exercício em relação ao restante do pessoal já empossado. Ademais, se, efetivamente, há esse risco, precisaria demonstrar que reduziu as despesas com cargos comissionados e funções de confiança, nos termos do art. 169, § 3º, da Constituição da República. Como, conforme o art. 333, I, do CPC, competiria ao Município comprovar esse fato impeditivo e ele não se encarregou desse ônus, torna-se impossível considerá-lo na resolução da demanda.

F – PREVISÃO DOS EXAMES MÉDICOS, FÍSICOS E PSICOTÉCNICOS PELO EDITAL

Assiste razão aos autores quanto à impugnação sobre os exames de capacidade física, mental e psicológica. Competiria ao Município deixar claros os critérios que devem ser preenchidos para que o candidato classificado no certame seja admitido. Embora essa não seja a praxe, tal postura deve ser mudada porque possui o candidato o direito de impugnar o exame e de saber quais as condições precisa apresentar na data em que se submete à comissão de perícia médica, sob pena de ser considerado inapto e não ter como se irressignar por desconhecer os critérios utilizados pelos integrantes desta para avaliá-lo. Assim, tais exames podem ocorrer, mas não como fase eliminatória, mas apenas como admissionais, ou seja, como avaliação da situação do candidato ao ser admitido como servidor.

Sobre a matéria, estudiosos vem debruçando-se, como a exemplo do Professor Rogério Neiva (*in* <http://www.concursospublicos.pro.br/direito-concursos-direito-concurseiro/exame-medico-em-concursos-publicos>):

“Os critérios de condições de saúde em concursos públicos devem ser pautados por parâmetros objetivos e científicos, bem como contar com previsão formal, tanto na legislação

quanto no edital. E sempre respeitando a lógica da razoabilidade, inclusive para a garantia de isonomia. .”

Questiona-se até mesmo a obrigatoriedade de o candidato submeter-se a exame psicotécnico, a não ser que como etapa, legalmente prevista, para aferir-se sua aptidão ao cargo. Não basta que a exigência desses exames conste no edital, mas em lei, como requisito para assunção aos cargos. Nesse sentido, Rodrigo Valgas Santos. (*in* **Testes psicológicos nos concursos públicos. Dilemas e reflexões entre Direito e Psicologia.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3135, Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20984>>:

Para que se possa exigir testes psicológicos dos candidatos a cargo ou emprego público, imperioso que exista lei formal autorizando sua realização, questão esta há muito pacificada na jurisprudência brasileira, desde as Cortes Superiores até as instâncias ordinárias.

Tanto é assim, que o Supremo Tribunal Federal – STF editou a Súmula 686, aprovada em 24.09.03:

“SÚMULA 686 – SÓ POR LEI SE PODE SUJEITAR A EXAME PSICOTÉCNICO A HABILITAÇÃO DE CANDIDATO A CARGO PÚBLICO.”

Recentemente, o STF decidiu sobre a matéria, tratando não somente sobre a importância de o teste estar previsto em lei, como de respaldar-se em critérios objetivos, como serve de exemplo o AI 745942 AgR, Rel. Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, Primeira Turma, j. em 26.05.09, DJE 01.07.09:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da possibilidade da exigência do exame psicotécnico quando previsto em lei e com a adoção de critérios objetivos para realizá-lo. Precedentes.”

G – DO PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO NÃO RECEBIDA EM DECORRÊNCIA DA NÃO NOMEAÇÃO

Quanto aos danos morais, nada mais há de se discutir, porque não provaram os autores sua existência, deles desistindo por meio da petição de fl. 430. No que pertine ao dano material, este há de ser reconhecido, porque, se deveriam os autores ser nomeados logo após a homologação do concurso, desde então estariam precebendo a remuneração, prejuízo que sofreram por conta da omissão do Município em cumprir sua obrigação.

Conclusão

Com base nas provas produzidas, o Ministério Público pugna pelo deferimento parcial dos pedidos formulados na inicial, quais sejam: imediata nomeação e posse dos autores; nulidade da avaliação física, mental e psicológica como fase eliminatória do certame; pagamento das parcelas remuneratórias equivalentes à data em que deveriam ter sido admitidos, que é o mês posterior à homologação do concurso público, devendo ser reconhecida a desistência do dano moral, por conta de pedido expresso dos autores.

São Félix, 30 de maio de 2012.

Millen Castro M. de Moura
Promotor de Justiça