



PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL
Juízo da 9ª Vara Federal

Processo nº 41309-30.2014.4.01.3400

Decisão nº 221/2014

DECISÃO

WELLINGTON JORGE FERREIRA, ANDRÉ JÁCOMO DE PAULA PINTO e MARIANA SOUSA MARTINS ajuízam ação ordinária contra a UNIÃO pedindo, em sede de tutela antecipada, **(a)** a reserva de vagas por parte da Ré até o julgamento final da presente demanda, a fim de resguarda o direito à futura nomeação para o cargo efetivo de Técnico Legislativo, especialidade Processo Legislativo, do Quadro de Pessoal do Senado Federal; **(b)** em sede de tutela cautelar, que o Senado Federal se abstenha de nomear novos comissionados ou terceirizados para as funções próprias do cargo efetivo de Técnico Legislativo, especialidade Processo legislativo, em especial, nos cargos de Contínuo e Contínuo Especial; **(c)** a expedição de ofício à Diretoria-Geral do Senado Federal para ciência da decisão e cumprimento imediato da tutela antecipada, sob pena de multa diária por descumprimento.

Na causa de pedir, alegam que participaram do Concurso Público promovido pelo Senado Federal, Edital nº 3, de 22 de dezembro de 2011, para o cargo de Técnico Legislativo, área de Apoio Técnico ao Processo Legislativo, na especialidade Processo Legislativo, para o qual foram previstas 25 vagas, sendo 2 reservadas aos PCDs.

Segundo afirmam, do resultado homologado em 03/07/2012 pelo Presidente do Senado Federal constou o número de 349 aprovados e a classificação dos autores deu-se, respectivamente, em 83º, 88º e 111º.

Informam a prorrogação da validade do certame até julho de 2014 e ainda que, apenas 31 aprovados foram nomeados, tendo ocorrido no período pelo menos seis vacâncias decorrentes dessas nomeações, além de outras 92 vacâncias resultantes de diversas aposentadorias.

Relata o aumento exponencial de provimento precário para atendimento das necessidades do Senado, o que demonstra a necessidade de mais servidores. Reputa ilegal e injustificada a contratação sem concurso, uma vez que existem aprovados no certame e o Senado possui orçamento e

autorização para 502 (quinhentos e duas) nomeações.

Juntam grande quantidade de documentos aos autos, no intuito de demonstrar o desvio de função de servidores comissionados, o desvio de função na área legislativa, a necessidade do serviço pelo relatório do Senador Rodrigo Rollemberg, dentre outros documentos internos; a necessidade do serviço pelo quantitativo de cargos da Proposta de Emenda de Texto ao Anexo V do PLOA/2014 que autoriza a nomeação de 502 candidatos; a existência de 91 (noventa e uma) vacâncias posteriores ao lançamento do edital, e a disponibilidade orçamentária.

Intimada, a União apresentou manifestação às fls. 3670/3683.

Relatado.

DECIDO.

Pretendem os Autores a antecipação dos efeitos da tutela para determinar à Ré a reserva de vagas até o julgamento final da ação e, cautelarmente, que o Senado Federal se abstenha de nomear novos comissionados ou terceirizados para as funções próprias do cargo efetivo de Técnico Legislativo na área de Apoio Técnico ao Processo Legislativo, especialidade Processo Legislativo, em especial, nos cargos de Contínuo e Contínuo Especial.

Acerca do assunto, em sede de Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal firmou o seguinte posicionamento:

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. II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos. III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à

publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário.

IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.

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)

Seguindo a mesma orientação do julgado, cito o precedente:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. PRETERIÇÃO NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOEMAÇÃO. "CLÁUSULA DE BARREIRA". CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES.

O Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de repercussão geral da matéria no RE 598.099-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, entendeu que, em regra, apenas o candidato aprovado entre as vagas previstas no edital de concurso público tem direito líquido e certo à nomeação. O Plenário desta Corte, no julgamento do RE 635-739-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, assentou que há amparo constitucional na denominada "Cláusula de Barreira" presente nos editais de concursos públicos. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica ao afirmar tratar-se de decisão discricionária da Administração Pública a questão relativa à prorrogação ou não de concurso público. Precedentes. A forma regionalizada de classificação, segundo precedentes deste Tribunal, é igualmente válida. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 603394 AgRg, Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, DJ-e 123 de 24/06/2014; Publicado em 25/06/2014.).

Na espécie, observa-se que o Edital Nº 3, de 22 de dezembro de 2011, no item 2, especificou o número de vagas, no total de 25 para o cargo disputado pelos Autores. Ao tratar das vagas destinadas aos portadores de deficiência registrou "*Caso surjam novas vagas durante o prazo de validade do concurso público o percentual de reserva será observado*". Desse modo, previu a

possibilidade de preenchimento dos cargos vagos após a publicação do edital, tanto assim, que até maio/2014, teriam sido nomeados 31 aprovados.

Do provimento precário das funções de Técnico – Processo Legislativo.

Sob o aspecto formal, verifica-se que de acordo com o Ato da Comissão Diretora nº 14 de 2013 do Senado Federal, as atribuições do cargo de Técnico Legislativo, Apoio Técnico ao Processo Legislativo, especialidade Processo Legislativo (art. 305) coincidem em grande parte com aquelas exercidas por servidores contratados sem concurso para as funções de “Auxiliar Parlamentar”, “Assistente Parlamentar” e “Assessor Parlamentar e Legislativo” (art. 376 do mesmo Ato).

Há, no caso, evidente desvio de função, uma vez que as contratações precárias não estão necessariamente associadas ao exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento, mas ao desempenho de atividade funcionais que, a rigor, deveriam ser exercidas por Técnicos Legislativos.

O exame dos nomes dos servidores com designação de chefia (Doc. 8, fls. 386 e ss.), em confronto com aqueles 1.457 comissionados listados no Doc 7 fls. 357 e ss). confirma que os comissionados não exercem função de direção, chefia ou assessoramento. O Doc 9 indica servidores sem vínculo no exercício de atividades legislativas e o Doc. 10 contém informação do Senado Federal quanto ao número de servidores comissionados, sendo que, *“há 95 (noventa e cinco) servidores comissionados na Mesa do Senado Federal (comissão diretora), 33 (trinta e três) em Comissões, 18 (dezoito) em Conselhos, 4 (quatro) em órgãos do parlamento e 2.628 (dois mil seiscentos e vinte e oito) nos Gabinetes dos Senadores.”*

Neste ponto, calha frisar que, a conveniência e a oportunidade aplicada à Administração no tocante à contratação de servidores deve tomar por base a necessidade de complementação do quadro funcional e a possibilidade orçamentária do órgão contratante. No caso, a necessidade de contratação está demonstrada, visto que o Senado se utiliza de servidores com vínculo precário para toda espécie de trabalho, inclusive para o exercício de funções finalísticas da Casa, o que somente seria possível em se tratando de funções de direção, chefia e assessoramento.

Segundo notícia do Sindicato dos Servidores do Poder Legislativo trazida aos autos (Doc, 12), há 2.911 concursados contra 3.236 comissionados, dos quais 66% não têm controle de jornada por "ponto".

Quanto aos 374 "cargos" mais exercidos por empregados de empresas terceirizadas, não identifiquei coincidência entre a descrição das atividades do cargo disputado pelos Autores com aquelas exercidas pelos Contínuos, conforme quadro de fl. 10.

Da existência de cargos vagos e da necessidade de provimento.

Diante dos números de servidores concursados em face dos comissionados, conclui-se pela necessidade de provimento dos cargos efetivos que, segundo consta no próprio site do Senado conta, em 2014, com 168 cargos vagos de Técnico Legislativo na especialidade Processo Legislativo.

É certo que, não compete ao Judiciário determinar o momento da contratação dos servidores efetivos concursados. Contudo, é inegável que o Senado lança mão de comissionados para suprir a força de trabalho do órgão, quando há servidores concursados no aguardo de nomeação, cargos vagos e orçamento capaz de suportar a contratação de servidores efetivos.

O entendimento jurisprudencial consolidado orienta que: "*a ocupação precária, por comissão ou terceirização, de atribuições próprias do exercício de cargo efetivo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, equivalente a preterição da ordem de classificação no certame, fazendo nascer para os concursados o direito à nomeação, por imposição do art. 37, inciso IV, da Constituição Federal*" (RE 474.140/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ-e 113, de 22/6/10).

Neste sentido:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CONCURSO PÚBLICO. SENADO FEDERAL. JORNALISTA. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA. TERCEIRIZAÇÃO. ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS EFETIVOS. AUSÊNCIA DE COMPATIBILIDADE. ATIVIDADES DE NÍVEL FUNDAMENTAL E MÉDIO. SENTENÇA MANTIDA. I - Conquanto o entendimento

728

jurisprudencial consolidado seja no sentido de que *"a ocupação precária, por comissão ou terceirização, de atribuições próprias do exercício de cargo efetivo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, equivalente a preterição da ordem de classificação no certame, fazendo nascer para os concursados o direito à nomeação, por imposição do artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal"* (RE 474.140/DF, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe-113, de 22/6/10), na hipótese dos autos, não se afigura cabível o reconhecimento da nulidade suscitada, eis que restou evidenciado nos autos que a contratação de funcionários terceirizados, na espécie, para a execução de atividades de nível fundamental e médio, não visava o desempenho de atribuições próprias do cargo efetivo de jornalista.

II - Remessa oficial desprovida.

(REO 0001765-55.2002.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.34 de 27/11/2013)

Assim, embora assista razão à União quando afirma que a existência de terceirização ou requisição no âmbito do Senado Federal não indica a existência, abertura ou desocupação de vagas, ou tampouco violação do princípio do concurso público, na espécie, a existência de vagas está publicada no próprio site do Senado, sendo objeto de estudos e de requisições internas solicitando ou apontando a necessidade de novas contratações (Doc. 16).

Do direito adquirido.

Nos termos da decisão proferida no Recurso Extraordinário sob o rito da Repercussão Geral e transcrita acima, o concursado aprovado dentro do número de vagas previstas no edital tem direito adquirido à contratação, salvo diante de situações excepcionais.

Na hipótese dos autos, os Autores não lograram classificar-se dentro do número de vagas inicialmente previstas no edital, de modo que teriam apenas expectativa de direito quanto à nomeação e posse, no prazo de validade do concurso.

Ocorre que, diante da constatação de existir servidores contratados a título precário em número superior ao de servidores concursados no órgão - 2.911 concursados contra 3.236 – caracterizado está o desvio de poder que faz nascer para o candidato aprovado o direito à nomeação.

As irregularidades identificadas nesta oportunidade – existência de servidores comissionados em número superior ao de servidores contratados, contratação de servidores a título precário para o desempenho de funções próprias dos cargos efetivos – além de passíveis de correção gera direito adquirido aos candidatos, desde que alcançados pelo número de vagas abertas no curso do período de validade do certame e a contratação de comissionados para suprir a necessidade gerada pela vacância do cargo.

Esta situação não foi objeto de enfrentamento em sede de Repercussão Geral, de modo que o acolhimento do pleito Autora não se contrapõe ao julgado do eg. Supremo Tribunal Federal.

A cláusula de barreira ou a fixação do número de vagas pelo Edital não podem servir para amparar eventuais contratações a título precário para o desempenho de atividades-fim do órgão.

Desse modo, na situação prevalece a exegese favorável ao candidato. Assim, ainda que o prazo do concurso se esgote na data de hoje, considerando a possibilidade de que o direito dos candidatos-Autores tenha sido preterido por contratações irregulares, tenho por presente o *fumus boni iuris* com relação ao pedido de reserva de vagas.

Da disponibilidade orçamentária.

Segundo declaração do i. Presidente do Senado, “as medidas adotadas na redução de gastos com pessoal, custeio e investimentos importam, Sr. Presidente, Sras e Srs Senadores, em uma economia superior a R\$ 300 milhões, no biênio 2013/2014. Só para compreensão de todos, do orçamento do Senado Federal, 82% são consumidos com pessoal, 14% com custeio e apenas 2% com investimentos. (...) Até setembro deste ano, utilizamos apenas 67% do nosso orçamento anual. (...) sem prejuízo do funcionamento da Casa, entre fevereiro e setembro, já tínhamos ultrapassado a meta e alcançado uma economia de R\$ 159,4 milhões. (...) (fl. 1318).

Considerados os percentuais entre servidores efetivos – 66% são

servidores comissionados – extrai-se que a economia de recursos com os gastos de servidores contraria o disposto no texto constitucional que institui como regra a predominância de servidores concursados e reserva às exceções a contratação de terceirizados e de ocupantes das funções em comissão. É fundamental ainda, em matéria de contratação de servidores, a observância dos princípios inscritos no art. 37 da CF.

Os dados apresentados pelo Presidente do Senado revelam, ainda, a existência de orçamento suficiente para a contratação de novos servidores efetivos, de modo que, é injustificada a predominância de servidores contratados em regime precário no quadro do Senado Federal.

Do pedido constante do item (b).

A medida requerida no item (b) coaduna-se com o regramento legal que veda a nomeação pelo serviço público a título precário de servidores para o exercício de funções próprias dos exercentes de cargo de provimento efetivo, salvo as hipóteses de cargo de chefia e assessoramento.

Não há, portanto, interferência indevida no funcionamento do Senado Federal que poderá nomear servidores efetivos nas vagas surgidas durante o prazo de validade do concurso.

Em suma, demonstrada a verossimilhança do direito, tenho por presente também o *periculum in mora*, diante do vencimento do prazo de validade do certame previsto para esgotar-se neste mês de julho.

Isso posto, **DEFIRO** o pedido de antecipação da tutela para garantir aos Autores a reserva de vaga no Concurso Público, Edital 03/2011 para o cargo de Técnico Legislativo, área de Apoio Técnico ao Processo Legislativo, na especialidade Processo Legislativo. Eventual nomeação deverá resguardar o direito dos candidatos aprovados, pela ordem de classificação.

Fica vedada ao Senado Federal a nomeação de novos comissionados para as funções próprias do cargo efetivo de Técnico Legislativo.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, DF, 03 de julho de 2014.


LANA LÍGIA GALATI
Juíza Federal