RECOMENDAÇÃO Nº 08/2015 – PROPAC Nº 249/2014

A Defensoria Pública do Estado do Tocantins, mediante atuação de seu Núcleo Especializado de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, denominado **Núcleo de Ações Coletivas – NAC**, presentada por seu Órgão de Execução que ao final subscreve, no exercício das prerrogativas que lhe confere o art. 134 da Constituição da República Federativa do Brasil (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014), o art. 128, inciso X, da Lei Complementar Federal nº 80/94, os arts. 2º, *caput*, incisos VII, VIII, X e XI e 53, inciso IX, da Lei Complementar Estadual nº 055/2009 c/c o art. 1º, incisos IV e VIII, c/c art. 5º, inciso II, da Lei Federal nº 7.347/85, c/c art. 81, incisos I e II na forma do art. 90 do Código de Defesa do Consumidor, e, ainda, de acordo com os preceitos gerais estatuídos no Código de Processo Civil e no microssistema de tutela jurisdicional coletiva, formado pela completa interação entre as Leis 7.347/85 e 8.078/90[1], e **CONSIDERANDO** que:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e **a defesa em todos os graus, judicial e extrajudicial**, **dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita**, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014);

[1]Os arts. 21da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, **possibilitaram o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso**, no qual se comunicam outras normas, com o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar diretos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83do CD). RECURSO ESPECIAL Nº 1.21.254-RJ (201/0190387-2); Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Data do Julgamento: 05 de julho de 2012.

A função institucional de promover a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição da República do Brasil outorga à Defensoria Pública legitimidade **para promover a ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes**, na forma do art. 1º, incisos IV e VIII, c/c art. 5º, inciso II, da Lei Federal nº 7.347/85, além de toda a legislação que compõe o Microssistema de tutela coletiva (Lei da Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor, Lei da Ação Popular);

O art. 1º, inciso III, da Lei Federal nº 7.347/85, com a redação dada pela **Lei Federal nº 13004, de 24 de junho de 2014**, outorgou à Defensoria Pública e aos demais legitimados a defesa do patrimônio público e social;

A atuação da Defensoria Pública, no presente caso, importa na defesa de interesses ou direitos coletivos, assim entendidos como os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, nos termos do art. 81, inciso II, da Lei Federal nº 8.078/90, com a observância da demonstração de hipossuficiência dos assistidos, conforme dessume-se das declarações de hipossuficiência que instruem o referido PROPAC;

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 37, inciso II, consagrou o princípio do concurso público, como forma de acesso a cargos na Administração Pública, excetuadas as hipóteses de investidura em cargos de provimento em comissão e contratação destinada a atender necessidade temporária e excepcional;

A regra do concurso público é consectário do regime democrático, e consiste em importante instrumento para a seleção dos mais capacitados para o exercício da função pública, em consonância ao princípio da eficiência, plasmado no *caput*, do art. 37, da Constituição da República Federativa do Brasil;

Compareceram ao Núcleo de Ações Coletivas candidatos aprovados no concurso destinado ao provimento de cargos da educação básica nível fundamental incompleto, nível médio e nível superior (Edital nº 01/2013, de 14 de outubro de 2013), oportunidade em que noticiaram que o Município de Palmas não vem promovendo a nomeação dos candidatos que figuram como suplentes no aludido certame, e que deveriam ser aproveitados em decorrência das desistências de inúmeros candidatos para o cargo de Professor nível

II/Pedagogia, além de estar se valendo de contratações precárias para o desempenho de funções típicas de cargos efetivos, como forma de burlar o princípio do concurso público;

O Município de Palmas-TO, por intermédio da Secretaria de Educação, a partir do Edital nº 01/2013, de 14 de outubro de 2013, deflagrou concurso público para provimento de cargos da educação básica nível fundamental incompleto, nível médio e nível superior;

Para o cargo de **Professor nível II/Pedagogia,** foram ofertadas 80 (oitenta) vagas para provimento imediato e 10 (dez) vagas para formação de reserva técnica, tendo sido levada a efeito a nomeação dos 90 (noventa) candidatos aprovados/classificados para as mencionadas vagas;

Desses 90 (noventa) candidatos (nomeados para o cargo de Professor nível II/Pedagogia), **22 (vinte e dois) tiveram os atos de nomeação tornados insubsistentes**, nos termos do art. 13, parágrafos 1º e 3º, da Lei Complementar Municipal nº 008/99 (Estatuto dos Servidores Públicos da Administração Direta e Indireta dos Poderes do Município de Palmas-TO), conforme consta do Ato nº 1.167, publicado no Diário Oficial do Município de nº 1.120, veiculado no dia 23 de outubro de 2014; do Ato nº 1.203, publicado no Diário Oficial do Município de nº 1.124, de 30 de outubro de 2014 e do Ato nº 0374, publicado no Diário Oficial do Município de nº 1.198, de 13 de fevereiro de 2015. Ademais, vale registrar que ocorreram inúmeras desistências para vários outros cargos ofertados no certame em tela, a saber (documentos comprobatórios em anexo):

1 - Professor P I – 40h – **151 desistências**;
2 - Professor P II – Artes Cênicas - 40h – **02 desistências**;
3 - Professor P II – Artes Visuais - 40h – **01 desistência**;
4 - Professor P II – Artes Educação Física - 40h – **03 desistências**;
5 - Professor P II – Educação Musical - 40h – **01 desistência**;
6 - Professor P II – Língua Portuguesa - 40h – **02 desistências**;
7 - Professor P II – Matemática - 40h – **02 desistências**;
8 - Professor P II – Pedagogia - 40h – **22 desistências**;
9 - Professor P II – Pedagogia - Orientação Educacional - 40h – **05 desistências**;
10 – Técnico Administrativo Educacional – **06 desistências**

A despeito disso, o Município de Palmas-TO não promoveu a nomeação dos candidatos que figuram na reserva técnica e que deveriam ser aproveitados, tendo em vista as desistências supra noticiadas;

Nos termos do art. 3º, inciso III, da Lei Municipal nº 2.031, de 3 de fevereiro de 2014, é considerada **necessidade temporária** de excepcional interesse público toda contratação que vise: [...] "III - **atender às necessidades de serviço público advindas de situação de emergência**, declarada pelo Poder Executivo, e à demanda comprovada dos órgãos e entidades da Administração pública, quando a falta de profissional puder ocasionar a paralisação das atividades administrativas e dos serviços prestados à comunidade, **DESDE QUE NÃO CONSTE DO CADASTRO DE RECURSOS HUMANOS DO PODER EXECUTIVO A EXISTÊNCIA DE PESSOAL APROVADO EM CONCURSO A SER NOMEADO"**. **O referido dispositivo, contudo, não está sendo observado**;

O item 13.12 do Edital nº 001/2014 de 31/03/2014, estabelece que: **"Havendo desistência de candidatos convocados para a nomeação, o Município de Palmas - TO procederá, durante o prazo de validade do concurso, A TANTAS CONVOCAÇÕES QUANTAS FOREM NECESSÁRIAS PARA O PROVIMENTO DAS VAGAS OFERECIDAS** neste edital, **seguindo rigorosamente a ordem de classificação estabelecida no edital de homologação**.", o que também não está sendo obedecido;

A jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que **a contratação de temporários para o exercício de atribuições próprias de cargo efetivo, durante a vigência de concurso público com candidatos aprovados, configura preterição do candidato aprovado**. A propósito, confira-se:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. **CONCURSO PÚBLICO. 1. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS: DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. 2. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRETERIÇÃO DE CANDIDATO. BURLA AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO**. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. O candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no Edital de concurso público tem direito subjetivo à nomeação durante o prazo de validade do concurso. Tema cuja repercussão geral foi reconhecida. Precedente. 2**. A contratação temporária de pessoal, no período de validade do concurso público, configura preterição do candidato aprovado e intolerável burla ao princípio do concurso público**. (ARE 816455 AgR - Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 15-08-2014 PUBLIC **18-08-2014).**

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade – **ADI nº 5163-GO**, reafirmou que a contratação temporária, para ser válida, depende dos seguintes requisitos: a) os casos excepcionais devem estar previstos em lei; b) o prazo de contratação precisa ser predeterminado; c) a necessidade deve ser temporária; d) o interesse público deve ser excepcional e e) a necessidade de contratação há de ser indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração, mormente na ausência de uma necessidade temporária. *In verbis*:

> CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 17.882/2012 DO ESTADO DE GOIÁS. SERVIÇO DE INTERESSE MILITAR VOLUNTÁRIO (SIMVE). **INOBSERVÂNCIA DA REGRA CONSTITUCIONAL IMPOSITIVA DO CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AOS ART. 37, II, E 144, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PREVISÃO GENÉRICA E ABRANGENTE DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA: OFENSA AOS ARTS. 37, II, IX, E 144, CAPUT, DA CRFB/88**. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. LEI ESTADUAL QUE CONTRARIA NORMAS GERAIS EDITADAS PELA UNIÃO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 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. A Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, conquanto instituições públicas, pressupõem o ingresso na carreira por meio de concurso público (CRFB/88, art. 37, II), ressalvadas as funções administrativas para trabalhos voluntários (Lei nº 10.029/2000), restando inconstitucional qualquer outra forma divergente de provimento. 3. **À luz do conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição da República e da jurisprudência firmada por esta Suprema Corte em sede de Repercussão Geral (RE 658.026, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 31.10.2014), a contratação temporária reclama os seguintes requisitos para sua validade: (i) os casos excepcionais devem estar previstos em lei; (ii) o prazo de contratação precisa ser predeterminado; (iii) a necessidade deve ser temporária; (iv) o interesse público deve ser excepcional; (iv) a necessidade de contratação há de ser indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração, mormente na ausência de uma necessidade temporária**. 4. No caso *sub examine*, não há qualquer evidência de necessidade provisória que legitime a contratação de policiais temporários para o *munus* da segurança pública, mercê de a lei revelar-se abrangente, não respeitando os pressupostos básicos de norma que almeja justificar a sua excepcionalidade frente à regra da Carta Magna (CRFB/88, art. 37, II e IX). (ADI 5163, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 15-05-2015 PUBLIC **18-05-2015**)

Destaque-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça **são uníssonos no sentido de que o direito à nomeação se estende ao candidato**

tenha sido aprovado fora do número de vagas previstas no edital do concurso, que passe a figurar entre as vagas em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior, como ocorre no caso vertente. Vejamos:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. **CANDIDATO QUE PASSA A FIGURAR DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO CLASSIFICADO EM COLOCAÇÃO SUPERIOR. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO**. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Plenário desta Corte, no julgamento do RE 598.099/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, firmou entendimento no sentido de que possui direito subjetivo à nomeação o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital de concurso público. II - **O direito à nomeação também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, mas que passe a figurar entre as vagas em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior**. Precedentes. III – Agravo regimental improvido. (STF - RE 643674 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 27-08-2013 PUBLIC **28-08-2013**).

Dessarte, a Defensoria Pública do Tocantins, por intermédio de seu Núcleo de Ações Coletivas-NAC, presentada pelo Órgão de Execução ao final subscrito, no exercício das atribuições e prerrogativas outorgadas pelo art. 134 da Constituição Federal, e demais disposições constantes da Lei Complementar Federal nº 80/94 e Lei Complementar Estadual nº 55/09, **RECOMENDA ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Educação do Município de Palmas que:**

a) promova a NOMEAÇÃO DE TODOS OS CANDIDATOS inicialmente constantes da reserva técnica que passaram a figurar entre as vagas previstas no edital do concurso destinado ao provimento de cargos da educação básica nível fundamental incompleto, nível médio e nível superior (Edital nº 01/2013, de 14 de outubro de 2013), em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior, a exemplo dos 22 (vinte e dois) CANDIDATOS DESISTENTES do cargo de Professor nível II/Pedagogia, cujas nomeações foram tornadas insubsistentes pelo decurso do prazo, conforme se infere do Ato nº 1.167, publicado no Diário Oficial do Município nº 1.120, veiculado no dia 23 de outubro de 2014; Ato nº 1.203, publicado no Diário Oficial do Município nº 1.124, de 30 de outubro de 2014 e Ato nº 0374, publicado no Diário Oficial do Município nº

1.198, de 13 de fevereiro de 2015**,** nos termos do art. 13, parágrafos 1º e 3º, da Lei Complementar Municipal nº 008/99 (Estatuto dos Servidores Públicos da Administração Direta e Indireta dos Poderes do Município de Palmas-TO);

b) Abstenha-se de realizar contratações temporárias em hipóteses nas quais não estejam presentes os requisitos cumulativos mencionados pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da **Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 5163-GO** e do RE 658.026, **nos termos supra expostos.**

Requer-se, na hipótese de a presente recomendação não ser atendida, sejam encaminhados os fundamentos da negativa a este Núcleo de Ações Coletivas-NAC, no endereço constante do rodapé, no **prazo de 15 dias**, a contar do seu recebimento, conforme inteligência do art. 8º da Lei Federal nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

Palmas-TO, aos 24 de agosto de 2015.

Isabella Faustino Alves
Defensora Pública
Coordenadora do Núcleo de Ações Coletivas-NAC