RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.316.010 PARÁ

RELATOR : MIN. FLÁVIO DINO
RECTE.(S) : MUNICIPIO DE BELEM
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE BELÉM
RECDO.(A/S) : MARCIO CRAVO DIAS
ADV.(A/S) : PATRICIA KELLY DA SILVA BARRETO ROSARIO

VOTO - VISTA

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Vogal):

1. Recurso extraordinário interposto pelo Município de Belém/PA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Pará, com a seguinte ementa:

“APELAÇÕES CÍVEIS E REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA DE OFÍCIO. APELAÇÕES. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO EM EDITAL. EXPIRAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. DIREITO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES DO STF, STJ E DESTA EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SURGIMENTO DE LEI POSTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO PREVENDO A EXTINÇÃO DO CARGO. FATO SUPERVENIENTE QUE NÃO AFASTA O DIREITO JÁ EXISTENTE À NOMEAÇÃO. ARGUIÇÃO DE NECESSIDADE DA PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. AFASTADA. A LIMITAÇÃO PREVISTA NA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL NÃO SERVE DE FUNDAMENTAÇÃO PARA O NÃO CUMPRIMENTO DE DIREITO SUBJETIVO. PRECEDENTE DO STJ. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA DE OFÍCIO E SENTENÇA MANTIDA INTEGRALMENTE. 1. Apelações do Município de Belém e Ministério Público do Estado do Pará. A controvérsia dos autos reside em verificar se deve ser mantido o direito do Apelado de ser nomeado no cargo de soldador para o qual foi aprovado dentro do número de vagas ofertadas pelo Concurso Público nº 001/2012- SESAN. 2. O referido concurso destinou 06 (seis) vagas para o cargo de soldador (Anexo 03, do Edital n.º 01/2012, Num. 1547285 - Pág. 2), tendo o

Apelado sido aprovado na 2ª (segunda) colocação (Num. 1547280 - Pág. 1), ou seja, dentro do número de vagas previsto em edital. 3. O item 15.11 do edital, dispõe que o Concurso Público terá validade de 02 (dois) anos, a contar da data de Homologação do Resultado Final podendo ser prorrogado por igual período. No certame em questão, o prazo de validade iniciou com a sua publicação no Diário Oficial de 10/05/2013 (Num. 1547288 - Pág. 1), logo, não havendo informações acerca de prorrogação do período, o prazo fatal para a administração chamar os candidatos, aprovados e classificados no concurso, seria até o dia 10/05/2015, o que não ocorreu com o Apelado. 4. Os candidatos aprovados e classificados dentro do número de vagas ofertadas no Edital, possuem direito subjetivo à nomeação, dentro do prazo de validade do certame, consolidando-se em Direito Líquido e Certo quando não nomeados no período de validade, restando preenchidos os requisitos para a segurança concedida na origem. Precedentes do STF, STJ e deste Egrégio Tribunal de Justiça. 5. A Lei nº 9.203/2016 prevendo a extinção de cargos no Município se trata de normativo criado após a homologação do concurso público, tratando-se de circunstância superveniente inclusive ao ajuizamento da ação, que não possui o condão de elidir o direito do Apelado de ser nomeado para ocupar o cargo para o qual foi aprovado. Ademais, trata-se de fato novo que sequer foi arguido antes da prolação da sentença. 6. Arguição de necessidade de prévia dotação orçamentária, em razão da limitação orçamentária prevista na da Lei de Responsabilidade Fiscal. Sobre o assunto, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que tais limitações não podem servir de fundamento para o não cumprimento de direito subjetivo, sobretudo na hipótese de despesas decorrentes de decisão judicial. 7. Recursos conhecidos e desprovidos. 8. Remessa Necessária conhecida de ofício. Em sede de remessa necessária, deve ser mantida a procedência da ação pelos mesmos fundamentos lançados em relação ao apelo”.

2. Este Supremo Tribunal manifestou-se pela existência de repercussão geral da matéria posta neste recurso:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO

REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATO CLASSIFICADO ENTRE AS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 161. RE 598.099. SITUAÇÕES DE EXCEPCIONALIDADE. LIMITE DE GASTO COM PESSOAL. RESPONSABILIDADE FISCAL. SUPERVENIENTE EXTINÇÃO DOS CARGOS OFERTADOS, MEDIANTE A EDIÇÃO DE ATO NORMATIVO. ARTIGOS 37 E 169 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL”.

Cuida-se, neste recurso extraordinário representativo da controvérsia posta no tema 1164 da Repercussão Geral, “*saber se a superveniente extinção de cargos oferecidos no certame ou o limite de gastos com pessoal imposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal são causas suficientes para afastar direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas previsto em edital de concurso*”.

3. Iniciado o julgamento virtual, o Relator, Ministro Flávio Dino, votou no sentido de negar provimento ao recurso e propôs as seguintes teses de repercussão-geral:

“1. A superveniente extinção dos cargos oferecidos em edital de concurso público em razão da superação do limite prudencial de gastos com pessoal, previsto em lei complementar regulamentadora do art. 169 da Constituição Federal, desde que anterior ao término do prazo de validade do concurso e devidamente motivada, justifica a mitigação do direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas.

2. Dentro do prazo de cinco anos, contado a partir do término do prazo de validade do concurso, o ente público idealizador e realizador do concurso fica impedido de realizar contratações temporárias ou

abrir novo concurso público para o mesmo cargo, sob pena de fraude ao direito subjetivo do candidato, com o conseqüente dever de nomeação do candidato preterido”.

Esse entendimento foi acompanhado pelo Ministro Cristiano Zanin.

O Ministro Alexandre de Moraes acompanhou o Relator *“unicamente quanto à solução do caso concreto e ao item 1 da tese”*.

Pedi vista dos autos para melhor compreensão da matéria.

4. Na espécie, tem-se a questão de se a superveniente extinção de cargos oferecidos no certame ou o limite de gastos com pessoal imposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal são causas suficientes para afastar direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas previsto em edital de concurso.

Em 16.9.2008, a Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal pronunciou-se sobre tema semelhante ao que se tem nos autos, no Recurso Extraordinário n. 227.480, para cujo acórdão fui designada relatora, nos seguintes termos:

“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. ARTIGOS 37, INCISOS 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 Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário.*

3. *Recurso extraordinário ao qual se nega provimento” (RE 227480, Relator o Ministro Menezes Direito, Relatora p/ Acórdão a Ministra Cármen Lúcia, DJ 21.8.2009).*

Afirmei naquele julgamento que:

“Pelo meu raciocínio não posso admitir, tal como disse o Ministro Marco Aurélio, que o Estado exija algo - e falo com muita tranquilidade, porque prestei mais de um concurso e sei, portanto o que é fazer concurso – sem dar a contrapartida. Como disse o Ministro Marco Aurélio: você abre mão das suas coisas; quem tem família abre mão da sua vida familiar; tira férias, às vezes, para ficar estudando; se chegar quinze minutos atrasada, o portão está fechado e, portanto, perde-se a inscrição. Esses concursos hoje são cobrados, e não é fato demonstrado que só se cobra para pagar os custos, às vezes, cobra-se até mais. Então, haveria enriquecimento ilícito da Administração quando se anula um concurso. Eu passei em primeiro lugar e ninguém fala nada comigo? Ou seja, eu tenho de ser responsável; eu tenho de cumprir desde o horário até a disciplina que está no edital; e o Estado pode ser leviano? O Estado pode ser irresponsável?

(...)

Não falo em direito adquirido até porque, se direito adquirido em direito constitucional fosse o que se fala, agora, no Brasil, inclusive no Judiciário - nem tanto aqui, no Tribunal, que já andou muito -, a escravidão não teria acabado até hoje no País: comprei, paguei, é meu, está no meu quintal, é direito adquirido. Direito adquirido em direito constitucional é um conceito que está por ser sedimentado e consolidado sob nova perspectiva. Então, não falo aqui em direito adquirido. Porém, falo em direito subjetivo, sim, do cidadão que concorreu.

O Ministro Ricardo Lewandowski lembra: e se não houver recursos? Se não houver, temos de responsabilizar o administrador. Não havendo recursos para prover aqueles cargos ou sendo eles desnecessários – porque às vezes são -, não abra concurso, não convoque a sociedade. Agora, convocar a sociedade para brincar é algo que não acho admissível. Isso é incompatível com o sistema constitucional.

Pode ocorrer – e por isso não falo em direito adquirido – que, depois de aberto o concurso, depois de realizado o certame, sobrevenha uma circunstância administrativa. Por exemplo, em um município, há uma epidemia. Aquelas verbas destinadas a prover ou a aumentar o número de professores não podem mais ser utilizadas pela singela circunstância de que esse dinheiro tem de ser destinado a fazer face à epidemia. Nesse caso, há um dado da Administração que prova para a sociedade que houve uma alteração nos fatos e não se poderia exigir que houvesse a nomeação. Portanto, a Administração não fica obrigada a nomear, a não ser que não haja nada de novo entre o concurso e a realidade e as condições administrativas.

No caso aqui posto, não há nada na Administração, a não ser dizer o velho e há muito superado discurso: eu não quero.

(...)

Então, não posso imaginar que um concurso seja feito simplesmente para testar – como disse Vossa Excelência - se há pessoas interessadas em prover o cargo ou não. Ou bem o cargo não é necessário e não se pode abrir o concurso, ou é necessário e então se abre o concurso” (grifos nossos).

Reafirmei esse entendimento no julgamento do Tema 161 da Repercussão Geral, do qual firmou-se a tese de que “o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital possui direito subjetivo à nomeação”, podendo a Administração Pública recusar cumprimento ao procedimento desde que apresente motivação suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário por provação dos interessados. Confira-se trecho da ementa do acórdão daquele julgamento:

“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” (RE 598.099, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 3.10.2011).*

5. Na espécie, o Município de Belém expôs as razões que impuseram a extinção do cargo público nos seguintes termos:

“Há, ainda, um outro aspecto novo que, também, deve ser considerado: o grave aprofundamento da crise financeira que ocorreu nos últimos seis meses.

RE 1316010 / PA

De acordo com relatório do Banco Central, a previsão do crescimento real do Produto Interno Bruto passou de -0,40% para -3,89%. A acentuação e consolidação da retração econômica ocorrida no cenário nacional, agravada pela crise política vivenciada nos últimos meses, comprometeu consideravelmente as receitas municipais, dada a diminuição no recolhimento dos impostos pagos e a composição mista do próprio orçamento, formado de receitas próprias e de repasses realizados em prol do ente público como partícipe da distribuição dos valores arrecadados dentro do sistema federativo brasileiro.

Segundo relatório elaborado pela SEGEP, em anexo, o percentual de participação dos Municípios no FPM foi reduzido pelo Tribunal de Contas da União de 6% para 5,4%, já tendo havido uma frustração de receitas no primeiro quadrimestre de 2016 de 120 milhões e previsão de perda para ano de 415 milhões.

Mas não é só: em apuração pormenorizada realizada pela SEGEP, verifica-se que se fossem determinadas liminares para nomeação de todas as vagas oferecidas no certame, este fato representaria um acréscimo mensal de despesa de R\$ 3.780.505,68 (três milhões, setecentos e oitenta mil, quinhentos e cinco reais e sessenta e oito centavos). Vejam-se os gráficos comparativos a seguir para fins de demonstração dos cenários de impacto sobre a folha de salários (incluindo a gratificação natalina), vale transporte e vale alimentação, respectivamente.

Acaso façamos um demonstrativo de despesas com pessoal estabelecidos pela lei de responsabilidade fiscal, verificaremos que as nomeações fariam com que se atinja o percentual máximo estabelecido na referida lei dos percentuais de vinculação de despesas para tais despesas. É que, segundo as referidas normas, o percentual máximo de despesas com pessoal que o Poder Executivo Municipal pode ter é de 54% (art. 20, inciso III da Lei Complementar 101/2000) da receita líquida. Estabelece, contudo, o mesmo diploma legal que o ente público não poderá exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do referido percentual, ou seja, que as despesas com pessoal, apuradas sobre a

receita corrente líquida, não podem ultrapassar a 51,30% (cinquenta e um vírgula trinta por cento), estabelecendo, inclusive, uma série de consequências quando isso ocorra para restaurar o gasto aos percentuais adequados à boa gestão pública, dentre elas, a impossibilidade de concessão de aumento, a impossibilidade de criação de novos cargos, de provimento dos existentes, entre outras sanções.

O percentual de despesa com pessoal encontrava-se em 46,67% (quarenta e seis vírgula sessenta e sete por cento) da receita líquida, conforme tabela de fls. 224. Atualmente, o referido percentual encontra-se em 48,62% (quarentena e oito vírgula sessenta e dois por cento) até o mês de abril de 2016, conforme relatório em anexo encaminhado pela SEGEP.

Com a projeção da nomeação dos aprovados nos referidos concursos (SEMEC/SESAN), contudo, o percentual saltará para cerca de 56,25% (cinquenta e seis vírgula vinte e cinco por cento), muita acima do limite prudencial e, até mesmo, do máximo permitido pela referidas normas de direito financeiro, quadro que resulta da diminuição circunstancial das receitas em decorrência da grave crise econômica que assola o país, da tendência déficit fiscal de todos os entes públicos - situação que deve piorar nos últimos meses do ano ora em curso - e da circunstância de que não deve ser incluído em tal apuração da receita líquida o montante o que é repassado ao ente público municipal a título de SUS/MAC (tendo em vista que tais recursos são vinculados e sobre eles não possuem nenhuma disponibilidade o ente municipal que só o repassa aos prestadores do SUS).

Nem se argumente que o ente público não vem tomando as medidas necessárias para evitar que o gasto com pessoal atinja o limite prudencial.

É que desde agosto de 2015, foi editado Decreto de Contenção de Despesa n^o 83.410/2015, que estabeleceu uma série de medidas visando racionalizar o controle orçamentário como a redução do consumo de energia elétrica, a meta de diminuição de uma série de

RE 1316010 / PA

despesas, inclusive, relacionadas a pessoal, justamente, para evitar que os limites da lei fossem, viessem ou venham ser atingidos.

Como o referido decreto é anterior ao próprio ajuizamento da presente demanda, encontra-se demonstrado o esforço que o ente público vem fazendo para equilibrar as contas e evitar o descumprimento da lei de responsabilidade fiscal, o que, apenas, ratifica a tese de que a decisão acarretará grave lesão à economia pública”

Embora as razões expostas pelo recorrente sejam pertinentes, no caso, como realçado no voto do Ministro Relator, a extinção do cargo ocorreu após o prazo de validade do concurso, o que importa em ofensa ao direito à nomeação, nos termos do que assentado por este Supremo tribunal no Tema 161 da Repercussão Geral.

Afastar o direito à nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas após o prazo de validade do concurso também ofende o princípio do acesso ao cargo público, expresso no inc. I do art. 37 da Constituição da República.

6. Embora louvável a intenção de se evitar fraudes em concurso público, posta no segundo ponto da tese proposta pelo Ministro Relator, no sentido de que *“dentro do prazo de cinco anos, contado a partir do término do prazo de validade do concurso, o ente público idealizador e realizador do concurso fica impedido de realizar contratações temporárias ou abrir novo concurso público para o mesmo cargo, sob pena de fraude ao direito subjetivo do candidato, com o conseqüente dever de nomeação do candidato preterido”*, este Supremo Tribunal estabeleceu critérios para evitar essas fraudes, ao julgar o tema 612 da Repercussão Geral, específico sobre contratação temporária de servidores públicos.

Naquele tema, firmou-se a tese de que *“para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: a) os casos*

RE 1316010 / PA

excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração”.

Como afirmado pelo Ministro Alexandre, em ressalva ao segundo ponto da tese proposta pelo Ministro Relator, nestes autos não houve *“suficiente debate nestes autos sobre pontos importantes nela previstos, como a impossibilidade de ser aberto novo concurso no prazo de 5 anos, a contar da expiração da validade concurso anterior”.*

O debate sobre o estabelecimento de prazo para realização de contratações temporárias ou abertura novo concurso público para o mesmo cargo não se relaciona diretamente com o tema posto nos autos, o qual foi delimitado em *“saber se a superveniente extinção de cargos oferecidos no certame ou o limite de gastos com pessoal imposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal são causas suficientes para afastar direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas previsto em edital de concurso”.*

7. Pelo exposto, acompanho o relator para negar provimento ao recurso extraordinário e, na tese, adoto igual compreensão adotada pelo Ministro Relator apenas quanto ao item I.

É como voto.