

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:

Temos para exame nestes autos Recurso Extraordinário com Repercussão Geral reconhecida. Eis o título do tema:

“Tema 1164 - 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. “

Eis a ementa do acórdão do PLENÁRIO, que reconheceu, por iniciativa do Ilustre Presidente, Ministro ROBERTO BARROSO, o caráter constitucional e a relevância excepcional da questão proposta no Recurso Extraordinário:

“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. “

No voto condutor do julgado, o Eminentíssimo Ministro Presidente delimitou com precisão a questão em exame neste precedente de repercussão geral, em especial por haver tema anterior, bastante semelhante:

“Releva notar que a jurisprudência do Supremo Tribunal

Federal firmou-se no sentido de que O candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital possui direito subjetivo à nomeação, ressalvadas situações excepcionalíssimas, a serem motivadamente demonstradas pela Administração e caracterizadas cumulativamente pela superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade, consoante entendimento firmado pelo Plenário desta Corte, no julgamento do Tema 161 da repercussão geral, cujo paradigma é o RE 598.099, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 3/10/2011 (...).

Nada obstante o entendimento supra tenha sido fixado em 2011 e seja de notório conhecimento do Poder Público e, portanto, era de se esperar uma pacificação não apenas jurídica, mas também social, uma década depois, o que se verifica, no entanto, faz-se mister ressaltar, é a persistente massificação de recursos extraordinários e recursos extraordinários com agravo encaminhados a esta Corte, orbitando em torno daquela questão constitucional decidida no referido leading case. Predomina, nestes novos recursos, controvérsia sobre eventual discrepância entre o acórdão recorrido e as excepcionais justificativas da Administração para a recusa ao cumprimento do dever de nomear os candidatos aprovados dentro das vagas previstas em edital, especificamente quanto às motivações relativas aos limites orçamentários fixados pela Lei de Responsabilidade Fiscal. É o que ocorre no caso sub examine, aliado a uma peculiar circunstância de escusa administrativa à nomeação, por alegada inexistência das vagas que foram oferecidas por ocasião da abertura do edital, passado todo o prazo de sua validade, e posterior reestruturação do quadro de pessoal, com a conseqüente extinção do cargo para o qual o impetrante fora aprovado. “

Distribuído o processo ao Eminentíssimo Ministro FLÁVIO DINO, S. Exa. agora coloca em votação na presente Sessão Virtual, propondo as seguintes teses de julgamento:

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.”

É o relatório.

Quanto ao item 1. da tese de julgamento, manifesto integral concordância com o Ilustre Relator. Devidamente comprovado o quadro excepcional pela Administração Pública, deve-se dar prevalência ao interesse público, estando portanto justificado o não chamamento do candidato aprovado dentro do número de vagas.

Esta é a posição que venho adotando no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, conforme evidenciado pelo seguinte precedente:

“EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO INTERNO. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. RE 598.099-RG. TEMA 161 DA REPERCUSSÃO GERAL. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS E MOTIVADAS JUSTIFICAM A NÃO CONVOCAÇÃO DO CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. 1. No RE 598.099-RG (Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 3/10/2011, Tema 161), com repercussão geral reconhecida, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL assentou que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital possui direito subjetivo à nomeação. 2. No Tema 161, também se fixou que determinadas situações excepcionais amparam a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. 3. No caso concreto, verifica-se que há nos autos motivação hábil, para justificar a impossibilidade de o Estado nomear os ora agravantes. 4. Embargos de declaração recebidos como agravo interno, ao qual se nega provimento.

(RE 1314334 ED, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17-08-2021, PROCESSO

Nesse julgado, asseverei que, conforme a tese de repercussão geral fixada no Tema 161, à Administração é permitido, em situações excepcionais e devidamente motivadas, deixar de nomear candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital.

No Recurso Extraordinário, o Município de Belém expõe em detalhes as dificuldades que impuseram a extinção do cargo público:

“(…) é notório que o Município de Belém, assim como os demais Municípios do Brasil, passa por grave crise financeira, sobretudo, pela redução na arrecadação das receitas decorrentes do aumento do desemprego, da inflação, retração do consumo e do ciclo produtivo, neste compasso, os repasses realizados pela União ao ente público municipal - e que representam grande percentual das receitas auferidas - vem sendo reduzidos, sistematicamente, nos últimos meses/anos.

O ente público tem tido que arcar com o aumento de diversas despesas de pessoal decorrentes do aumento da remuneração e da aprovação de cargos de planos de salários; os gastos com pessoal já estavam acima do limite prudencial do total de despesas que a lei de responsabilidade fiscal autoriza para tal rubrica, o que já traria uma série de limitações de gastos ao ente público, sendo que se o valor máximo fosse atingido às consequências previstas na lei de responsabilidade fiscal são, ainda mais, danosas; o cumprimento da liminar, portanto, comprometeria a economia pública porque faria com que se extrapolasse o limite estabelecido na referida legislação, circunstância que impediria o repasse de valores fundamentais para projetos de grande relevância social como o BRT, a macrodrenagem da Bacia da Estrada Nova, os investimentos em hospitais e em saúde pública em geral.

O Município de Belém aprovou a Lei Municipal 9.203/2016, que objetivou realizar reestruturação dos cargos efetivos de nível fundamental, médio e superior da Administração Pública Direta, bem como definir, de forma bastante clara, o total de cargos existentes em cada uma das carreiras que a lei municipal elencava, confirmando, inclusive, a tese municipal de que a maioria dos concursos públicos realizados no ano de 2012 ofereceu vagas inexistentes no

quadro de servidores.

Deve-se destacar, desde já, que ao editar tal diploma legal não pretendeu o Município de Belém influir no julgamento do litígio em curso, nem tampouco prejudicar os candidatos ali aprovados, circunstância que será objeto de exame futuro pelo juízo originário da causa. Em verdade, a edição da norma decorre de cumprimento de obrigação assumida pelo Município de Belém, no próprio termo de Ajustamento de Conduta formulado com o Ministério Federal, em 13 de fevereiro de 2015. Assim, como a lei extinguiu a maioria dos cargos ofertados no referido concurso e como grande parte dos aprovados não estavam nomeados por não existirem os quantitativos.

(...)

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

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 arrecadado dentro dos 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 III⁴ 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 nº 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 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. (vol. 22, fls. 72/75)

Por outro lado, apesar dessas ponderáveis razões, a extinção do cargo ocorreu após o escoamento do prazo de validade do concurso. Conforme sustenta o Eminentíssimo Relator, tal circunstância compromete a confiança legítima dos candidatos à nomeação, claramente definida no já referido Tema 161. Vejamos o que diz a respeito o Ilustre Min. FLÁVIO DINO:

“Portanto, restou comprovado nas instâncias ordinárias que a extinção do cargo público, para o qual o recorrido foi aprovado, somente aconteceu depois da publicação da sentença, isto é, muito tempo após o transcurso do prazo de validade do concurso, violando o direito adquirido que se configurou no exato momento em que tal ocorreu (ou seja, o esgotamento da citada validade).”

Esse decisivo aspecto é que me leva a acompanhar o Ilustre Relator também quanto à solução do caso concreto.

Por fim, gostaria de expressar ressalva quanto ao item 2. da tese, assim enunciado: *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 consequente dever de nomeação do candidato preterido.*

Creio que tal diretriz desborda do específico objeto do presente tema de repercussão geral, não tendo havido debate nos autos sobre pontos

como a impossibilidade de ser aberto novo concurso no prazo de 5 anos, a contar da expiração da validade concurso anterior .

Veja-se que, ao definir a Tese do Tema 784 da repercussão geral, o PLENÁRIO enunciou que “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. “.

Nos termos do item III acima, a abertura de novo concurso é um dos elementos que propicia o reconhecimento do direito subjetivo do candidato. Entretanto, a Administração não estaria proibida de realizar nova seleção – até porque as vagas em aberto podem exceder em muito o número de aprovados do concurso anterior, que preencham todas as condições para o direito subjetivo.

E, mesmo que se entendesse haver uma vedação tácita a instaurar nova seleção, a tese do Tema 784 a restringiria apenas ao período de validade do concurso anterior, e não ao dilatado prazo de 5 anos.

Sobre a específica questão do prazo, cumpre lembrar o intenso debate que recentemente houve no PLENÁRIO, a propósito da fixação da tese de julgamento de outro tema correlato, o 683 (Reconhecimento de direito à nomeação de candidato preterido, quando ajuizada a ação após o prazo de validade do concurso). Ao final, tendo em vista a inexistência de mínimo consenso quanto ao tal ponto, a tese não especificou um lapso temporal (“*A ação judicial visando ao reconhecimento do direito à nomeação de candidato aprovado fora das vagas previstas no edital (cadastro de reserva) deve ter por causa de pedir preterição ocorrida na vigência do certame*”).

Portanto, à míngua de adequada discussão nestes autos sobre a diretriz proposta pelo Eminentíssimo Relator no item 2 da tese agora proposta, que me parece desbordar do objeto do RE e da matéria delimitada pelo Ilustre Presidente ao submeter este caso Plenário Virtual da repercussão geral, voto no sentido de acompanhar S. Exa. unicamente quanto à solução do caso concreto e ao item 1 da tese.