

**RE no AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 58.402 - SP
(2018/0204358-8)**

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FILIPE PAULINO MARTINS E OUTRO(S) - SP329160
RECORRIDO : CARLA REGINA CORREA
ADVOGADO : GUSTAVO JOSE GIROTTI - SP209100

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. DIREITO SUBJETIVO. EXCEPCIONALIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE. **TEMA 161/STF**. SEGUIMENTO NEGADO.

DECISÃO

Trata-se de recurso extraordinário, interposto pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO com fundamento no art. 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão da Primeira Turma deste Superior Tribunal de Justiça que manteve a decisão do Ministro Relator que deu provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

A título de ilustração, confira-se a ementa do aresto (fls. 617):

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. RESTRIÇÃO ORÇAMENTÁRIA. REQUISITOS CUMULATIVOS. NÃO COMPROVAÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 598.099/MG, submetido ao rito da repercussão geral, decidiu que o candidato aprovado dentro do número de vagas oferecidas pelo edital de abertura do concurso tem direito subjetivo à nomeação dentro do prazo de validade do certame, ressalvando que o Estado pode deixar de chamar os aprovados em hipóteses excepcionais devidamente motivadas.

2. A alegação de restrição orçamentária para afastar o dever de nomear, conquanto possível, só se mostrará válida se a situação excepcional invocada se revestir, cumulativa e concomitantemente, das características de (I) superveniência; (II) imprevisibilidade; (III) gravidade; (IV) necessidade.

3. Hipótese em que as justificativas do Estado Paulista de que há uma crise nacional financeira, diminuição da arrecadação tributária e tangencimento das despesas com pessoal com o limite prudencial determinado pela Lei de Responsabilidade Fiscal, sem demonstrar provas contundentes nesse sentido – sobretudo considerando a exigência constitucional de previsão orçamentária, antes da divulgação do edital do concurso, nos moldes do art. 169, § 1º, I e II, da Constituição Federal – não são suficientes para afastar o direito subjetivo da parte recorrente

de ser nomeada para o cargo pretendido. Precedentes.

4. Agravo interno desprovido.

Nas razões do recurso extraordinário (fls. 633/644), alega a parte recorrente que está presente a repercussão geral da questão tratada e que houve violação dos artigos 37, inciso IV, e 169, §§ 2º e 4º, da Constituição Federal.

Aduz, em suma, que "inexistem dúvidas quanto ao acerto do acórdão estadual ao reconhecer a impossibilidade de nomeação dos candidatos aprovados no certame em referência, levando em consideração a grave crise fiscal e econômica superveniente à publicação do edital do concurso" (fl. 640). Dessa feita, "requer a reforma do acórdão recorrido para que seja reconhecida a inexistência de direito subjetivo à nomeação da parte impetrante" (fl. 643).

A parte recorrida apresentou contrarrazões às fls. 654/662.

É o relatório.

O recurso extraordinário não comporta seguimento.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o RE 598.099/MS, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, à luz dos arts. 5º, LXIX e 37, *caput* e IV, da Constituição Federal, firmou a tese de que "o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital possui direito subjetivo à nomeação" (**Tema 161/STF**).

Confira-se, por oportuno, a ementa do acórdão:

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 598.099, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/8/2011, repercussão geral – mérito DJe-189, divulgado em 30/9/2011, publicado em 3/10/2011, EMENT VOL-02599-03 PP-00314 RTJ VOL-00222-01 PP-00521.)

De se notar que o Pretório Excelso ressaltou o direito subjetivo à nomeação, em hipóteses nas quais demonstrada motivadamente situação excepcional, consoante se verifica de trecho da ementa acima colacionada, que novamente destaco:

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.**

Na hipótese, contudo, ao examinar a controvérsia o órgão colegiado assim se pronunciou (fls. 623/626):

Note-se que a alegação de restrição orçamentária para afastar o dever de nomear, conquanto possível, só se mostrará válida se a situação excepcional invocada se revestir, cumulativa e concomitantemente, das características de (I) superveniência; (II) imprevisibilidade; (III) gravidade; (IV) necessidade.

Na presente hipótese, verifica-se das informações prestadas pela autoridade coatora que (e-STJ fls. 408/414):

[...]

após a abertura do certame, o cenário político e econômico do país passou por sensíveis alterações, o que impactou na queda da receita orçamentária do Estado. Assim, no âmbito da Secretaria da Fazenda, sobreveio a Informação nº 0006/16/SF/GS/APDP, acolhida pelo Secretário Adjunto daquela Pasta (DOC. 01), dando conta de que o Estado de São Paulo encerraria o exercício financeiro de 2015 com as despesas de pessoal e encargos sociais do Poder Executivo em limite superior ao limite prudencial imposto pela Lei de Responsabilidade

Fiscal, em relação à receita corrente líquida (46,55%).

Por essa razão, o Estado estaria impedido de prover cargo público, ressalvada a reposição decorrente de aposentadorias ou falecimentos de servidores das atividades-fim das áreas de educação, saúde e segurança, em conformidade com o art. 22, parágrafo único, IV, da LRF.

Como os cargos de Oficial Administrativo não se enquadram como de atividade-fim de segurança pública, e consideradas as disposições do Decreto nº 61.466/2015, foi recomendada a postergação das nomeações, que gerariam significativo "aumento de despesas com pessoal, não compatível com o atual cenário econômico", motivo pelo qual se passou a "aguardar melhor oportunidade", o que não se verificou, como teremos oportunidade de analisar a seguir.

Fato é que, de acordo com a manifestação da Subsecretaria de Planejamento Orçamentário da Secretaria de Planejamento e Gestão (DOC. 01), persiste a situação de inviabilidade para nomeação dos candidatos aprovados para os cargos de Oficiais Administrativos, não tendo havido, por isso, nenhuma nomeação, diante (a) do Relatório de Gestão Fiscal referente às contas do 1º quadrimestre de 2017, que indica que as despesas com pessoal e encargos do Poder Executivo atingiram, nesse período, o percentual de 45,46% sobre a Receita Corrente Líquida (RCL), permanecendo o Estado em situação de alerta diante do risco de ultrapassar o chamado limite prudencial (limite legal de comprometimento aplicado às despesas de pessoal, conforme estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal, equivalente a 46,55% da RCL); e (b) dos custos projetados para fazer frente ao provimento das 5.000 (cinco mil) vagas pretendidas, da ordem de (R\$ 64,7 milhões anuais), o que evidencia o potencial efeito multiplicador de eventual decisão concessiva da ordem.

[...]

Os cenários político, econômico, financeiro e orçamentário não permitem novas nomeações pelo Estado de São Paulo desde o exercício de 2015 até o presente, ainda que na área de segurança para cargos cujas funções correspondem às atividades -meios, como se dá no caso do cargo de Oficial Administrativo, não obstante a relevância dos serviços prestados. Por se tratar de atividade -meio, não incide a ressalva do artigo 22, parágrafo único, inciso IV, da LRF, que permite, mesmo que atingido o limite prudencial, provimento de cargos nas áreas de educação, saúde e segurança, para reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores.

Diante de tal situação, analisando-se, em especial, os aspectos de ordem financeira, cumpre-nos destacar que a admissão ou a contratação de pessoal pressupõe a existência de prévia dotação orçamentária (inciso I do 1º do artigo 169 da Constituição Federal), bem como a observância ao limite de despesa com pessoal ativo e inativo estabelecido pela Lei Complementar n.º 101/2000, consoante se depreende do disposto no caput do artigo 169 da Constituição Federal.

Nesse contexto, considerando o conjunto probatório carreado aos autos, as justificativas do Estado paulista de que há uma crise nacional financeira, diminuição da arrecadação tributária e tangenciamento das despesas com pessoal com o limite prudencial determinado pela Lei de Responsabilidade Fiscal, sem demonstrar provas contundentes nesse sentido – sobretudo considerando a exigência constitucional de previsão orçamentária, antes da divulgação do edital do concurso, nos moldes do

art. 169, § 1º, I e II, da Constituição Federal – não são suficientes para afastar o direito subjetivo da parte recorrente de ser nomeada para o cargo pretendido.

Quanto ao ponto, merecem destaque os seguintes excertos do voto-divergente vencido proferido no julgamento do presente writ pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (e-STJ fls. 488/490):

Pois bem: quanto à superveniência, comprovam os números que inúmeras vagas foram colocadas à disposição dos cidadãos no Estado de São Paulo, na vigência do Decreto nº 61.466/2015, sendo que parte dos certames que foram penalizados com a norma tiveram seus prazos de prorrogação validados já na vigência da norma, como é o caso dos autos, induzindo à conclusão de necessidade de aquisição dos servidores aprovados no certame, o que se pode conferir, aliás, dos vários ofícios trocados entre a Polícia Militar e o Gabinete do Governador, dando conta da necessidade da admissão dos servidores aprovados no certame (fls. 103 e ss).

No que diz respeito à imprevisibilidade, não parece ser imprevisível neste País, situações de crise e penúria financeira com reflexos nos Estados e Municípios.

Isso remonta ao "tempo dos Afonsos"!

Ora, imprevisível é "o que não se consegue prever: 1 inesperado, repentino, imponderável. Que acontece por acaso: 2 casual, eventual, fortuito, contingente, incerto, aleatório".¹ Percebeu-se, ao longo dos tempos, "uma tendência geral dos Tribunais em não admitir a crise econômica como caso fortuito, sob o argumento, na maioria das vezes, de que crises são gestadas lentamente e seus efeitos, portanto, previsíveis. Esse argumento é interessante porque, implicitamente, sugere que, em se tratando de uma crise imprevisível, poderia ela, então, ser utilizada para configuração de caso fortuito".² O que se vê, aqui, é que o argumento da crise financeira se tornou uma roupa de tamanho único, que pode servir de veste a qualquer situação!

Mais não fosse, o impacto financeiro - orçamentário para a realização do concurso público é feito antes e não depois de sua realização e quando este foi realizado, certamente o país já experimentava crise financeira o que, venhamos e convenhamos, não é surpresa para nenhum cidadão ou governo e, assim, não se pode considerar imprevisível.

Na mesma linha de raciocínio, não se há considerar os requisitos de gravidade e necessidade como presentes, posto que a abertura de centenas e centenas de vagas já na vigência do Decreto Paulista, bem como de prorrogação de prazo de validade de concursos abertos no limiar de sua promulgação são sinais da possibilidade do Estado em honrar o compromisso assumido com os participantes dos certames.

Note-se que, em hipóteses iguais à presente – para o mesmo cargo ora em análise –, o STJ tem se manifestado no sentido de que as justificativas apresentadas pela Administração para não nomear o recorrente, candidato aprovado dentro das vagas previstas no edital, não se mostram suficientes a caracterizar as situações excepcionálíssimas constantes do julgado do STF.

[...]

Ainda, no mesmo sentido, em casos idênticos ao dos autos: RMS 59.342/SP, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 29/08/2019; RMS 61.355/SP, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, DJe 07/08/2019; RMS 59.296/SP, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES

Superior Tribunal de Justiça

MAIA FILHO, DJe 05/08/2019.

Assim, há direito a ser resguardado na presente via.

Deixo de aplicar a multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015, tendo em vista que o mero inconformismo com a decisão agravada não enseja a necessária imposição da sanção, quando não configurada a manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso, por decisão unânime do Colegiado, como no caso em análise.

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao presente agravo interno.

Dessarte, verifica-se que o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça está em consonância com o entendimento do STF no RE 598.099/MS (Tema 161/STF), não havendo excepcionalidade apta a ensejar o afastamento da tese.

Ante o exposto, com fundamento no art. 1.030, I, alínea "a", segunda parte, do Código de Processo Civil, **nego seguimento ao recurso extraordinário.**

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Vice-Presidente