



Estado do Piauí
Tribunal de Contas

Processo
TC-005510/2016



DIRETORIA DE FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL

Processo TC-005510/2016

Assunto: Legalidade e possibilidade de aumento dos cargos públicos para aproveitar o mesmo Concurso Público.

Interessado: Marcela Maria Paulo Braga Martins – Presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Municipal de Pedro II

Relator: Olavo Rebelo de Carvalho Filho

Procurador: Plínio Valente Ramos Neto

1 RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada ao Tribunal de Contas do Estado do Piauí, pela Presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Municipal de Pedro II, Sra. Marcela Maria Paulo Braga Martins, acerca da legalidade e possibilidade de aumento dos cargos públicos do Município para aproveitar o mesmo Concurso Público, já realizado.

Em anexo, a consulente juntou cópias da mensagem ao Poder Legislativo, do Projeto de Lei que altera o anexo I da Lei Municipal nº 1.164/2014 e dá outras providências e do Edital de Concurso Público nº 001/2014.

Consta nos autos, também, despacho do Conselheiro Relator, Dr. Olavo Rebêlo de Carvalho Filho, admitindo a consulta formulada, com base no art. 201, II, "b" e §§ 1º e 2º do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Piauí – RITCE/PI, e determinando o seu envio à Comissão de Regimento e Jurisprudência e a subsequente remessa à unidade técnica competente para a instrução, nos termos dos arts. 328 e 329 do RITCE/PI.

Consta, ainda, folha de informação e despacho da Comissão de Regimento e Jurisprudência informando a inexistência de prejudgado ou decisão reiterada sobre o tema, conforme determina o art. 328 do RITCE/PI.

2 PRELIMINARMENTE

Entende-se que a presente consulta preenche apenas parcialmente os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Piauí – RITCE/PI, tendo em vista que, apesar de ter sido proposta por legitimado, não está instruída com parecer do órgão de assistência técnica ou jurídica da autoridade consulente e nem com cópia da legislação pertinente ao objeto da consulta, conforme determina o parágrafo primeiro, do artigo 201, do RITCE/PI.

Além disso, é importante ressaltar que a consulta trouxe à baila questionamento específico, sobre situação em concreto que ocorreu no Município. Portanto, a consulente deveria ter demonstrado e fundamentado o relevante interesse público da matéria, nos termos do art. 203 do RITCE/PI, o que não ocorreu.

Assim, apesar da consulta não ter sido formulada em tese, a resposta tratará da questão posta no plano hipotético, em observância à parte final do art. 203 do RITCE/PI, a seguir transcrito:

Art. 203. A consulta que versar sobre dúvida quanto à interpretação e à aplicação da legislação em caso concreto, obriga o consultante a demonstrar e a fundamentar o relevante interesse público da matéria, e somente será recebida mediante decisão fundamentada do relator, **sendo que a decisão proferida pelo Tribunal será sempre em tese. *Grifos Nossos.***

3 ANÁLISE TÉCNICA

3.1 REQUISITOS PARA CRIAÇÃO DE CARGO PÚBLICO

Inicialmente, cabe destacar os requisitos constitucionais e legais para a criação de cargos públicos.

Nessa esteira, a Constituição da República estabelece:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, **a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras**, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: ([Renumerado do parágrafo único, pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

I - se houver **prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes**; ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

II - se houver **autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias**, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#)) ***Grifos Nossos.***

Ressalte-se, assim, a necessidade, para criação de cargos públicos, de prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes e de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias.

Há que se obedecer, ainda, ao estabelecido nos artigos 16 e 17, da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, que estabelecem, *in verbis*:

Art. 16. A **criação**, expansão ou aperfeiçoamento de **ação governamental** que acarrete **aumento da despesa** será **acompanhado** de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§ 2º A estimativa de que trata o inciso I do *caput* será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

§ 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º As normas do *caput* constituem condição prévia para:

I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;

II - desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o [§ 3º do art. 182 da Constituição](#). ***Grifos Nossos.***

Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

§ 1º Os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o *caput* deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio.

§ 2º Para efeito do atendimento do § 1º, o ato será acompanhado de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.

§ 3º Para efeito do § 2º, considera-se aumento permanente de receita o proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 4º A comprovação referida no § 2º, apresentada pelo proponente, conterà as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, sem prejuízo do exame de compatibilidade da despesa com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.

§ 5º A despesa de que trata este artigo não será executada antes da implementação das medidas referidas no § 2º, as quais integrarão o instrumento que a criar ou aumentar.

§ 6º O disposto no § 1º não se aplica às despesas destinadas ao serviço da dívida nem ao reajustamento de remuneração de pessoal de que trata o inciso X do art. 37 da Constituição.

§ 7º Considera-se aumento de despesa a prorrogação daquela criada por prazo determinado.

Assim, há que haver a adequação do Projeto de Lei que cria cargos públicos aos dispositivos citados. Para isso, devem constar, junto ao Projeto de Lei, a estimativa e a declaração do ordenador de despesas, de que tratam os incisos do §1º, do artigo 16, e a demonstração de cumprimento ao disposto no artigo 17, ambos da LRF.

Na mesma toada, vale transcrever, também, o artigo 21 da LRF, que dispõe:

Art. 21. É **nulo** de pleno direito o ato que provoque **aumento da despesa com pessoal** e não atenda:

I - as exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no [inciso XIII do art. 37](#) e no [§ 1º do art. 169 da Constituição](#);

II - o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo.

Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20. ***Grifos Nossos.***

Depreende-se da leitura do artigo acima transcrito que o legislador conferiu especial importância ao cumprimento dos requisitos constitucionais e legais para que haja aumento da despesa com pessoal, inclusive, eivando de nulidade o ato que provoque esse aumento de despesa e não atenda a tais exigências.

Ressalte-se que apesar de a lei que cria cargos públicos não aumentar, automaticamente, a despesa com pessoal, uma vez que tais cargos serão providos a critério da Administração Pública, tal instrumento constitui uma projeção desse aumento, uma vez que o autoriza.

Necessário destacar, ainda, o art. 22 da LRF, que, do mesmo modo, deve ser observado quando da criação dos cargos públicos. Veja-se:

Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.

Parágrafo único. **Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:**

I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no [inciso X do art. 37 da Constituição](#);

II - criação de cargo, emprego ou função;

III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;

V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no [inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição](#) e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias.

Assim, resta demonstrada a importância da observância ao art. 169 da Constituição Federal e aos artigos 16, 17, 21 e 22 da LRF, quando da criação de cargos públicos.

3.2 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO E DE CANDIDATO CLASSIFICADO EM CONCURSO PÚBLICO

Faz-se necessário, para melhor análise desta consulta, tecer breves comentários quanto à evolução jurisprudencial do direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado e de candidato classificado em concurso público.

É evidente a evolução da doutrina e, principalmente, da jurisprudência, quanto ao direito subjetivo de nomeação do candidato aprovado em concurso público, partindo da mera expectativa de direito até alcançar a nomeação do classificado para preencher o número de vagas existentes, ao menos no *quantum* previsto no edital do certame.

Analisando-se os preceitos constitucionais acerca do tema, observa-se que o artigo 37, incisos II, III e IV da Constituição da República Federativa do Brasil – CF/88 ressalta a regra da obrigatoriedade da aprovação em concurso público para a investidura nos cargos ou empregos públicos, cujo prazo de validade poderá ser de até dois anos, com direito a uma única prorrogação por igual período, sendo convocado o candidato aprovado com prioridade sobre os novos concursados enquanto estiver válido o primeiro certame.

Assim, quando a administração pública realiza concurso público para acesso aos cargos e empregos públicos, está fazendo cumprir as disposições constitucionais, cabendo ao ente público estabelecer no edital do certame a validade, que pode ser inferior ao prazo de dois anos, e que, ao final, observe a ordem de classificação para as convocações dos candidatos aprovados, enquanto vigente o concurso público para o preenchimento das vagas.

Em breve retrospecto jurisprudencial, quando se questionava sobre o direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público, muito se falava sobre a “mera expectativa de direito” e que não havia obrigatoriedade da administração pública contratar, existindo uma única exceção, no caso da não observância da ordem de classificação e conseqüente preterição de candidato aprovado. Esse era o entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF. Veja-se:

EMENTA: Concurso público: direito à nomeação: Súmula 15/STF. Firme o entendimento do STF no sentido de que o candidato aprovado em concurso público detém mera expectativa de direito, não direito à nomeação. (AI 381529 AgR / SP - SÃO PAULO; AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO; Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; Julgamento: 22/06/2004; Órgão Julgador: Primeira Turma; Publicação: DJ 03-06-2005 PP-00041).

SÚMULA Nº 15 - DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO, O CANDIDATO APROVADO TEM O DIREITO À NOMEAÇÃO, QUANDO O CARGO FOR PREENCHIDO SEM OBSERVÂNCIA DA CLASSIFICAÇÃO.

Acontece que os Tribunais Superiores, inclusive o próprio STF, e os Tribunais Regionais e Estaduais vêm admitindo, sendo importante evolução, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital, ou seja, hipótese além da prevista na Súmula nº 15 do STF.

Como fundamento para este novo entendimento, destaca-se o reconhecimento de que o edital é ato administrativo vinculado, emanado pelo poder público, que determina a realização do certame para o preenchimento de cargos e empregos públicos, em atenção a CF/88. Além disso, no momento em que o edital estipula o número de vagas existentes, torna-se uma obrigação o preenchimento destas, de modo a concretizar a necessidade da administração pública, combinado com o interesse do candidato aprovado em ser nomeado, tudo no período de validade do concurso público.

Nesse sentido foi o entendimento do recente precedente do STF e do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe – TJ/SE, respectivamente:

EMENTA: 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 / RJ - RIO DE JANEIRO; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARMEN LÚCIA; Julgamento: 16/09/2008; Órgão Julgador: Primeira Turma - Publicação DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009). *Grifos nossos.*

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO DENTRO DAS VAGAS OFERTADAS NO EDITAL - PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME ESTABELECIDO NO ÉDITO CONVOCATÓRIO - ARTIGO 37, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - FORÇA VINCULANTE DO EDITAL (LEI INTER PARTES) - DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO - CONCESSÃO DA SEGURANÇA. EXISTE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E POSSE DO CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO, DENTRO DAS VAGAS OFERTADAS, NO PRAZO CONCURSAL ESTABELECIDO NO EDITAL. **A ADMINISTRAÇÃO AO DIVULGAR, NO EDITAL DO CONCURSO, O NÚMERO DE VAGAS DE QUE NECESSITA PARA DETERMINADO CARGO, TORNA VINCULADO O ATO DE NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS E CLASSIFICADOS DENTRO DAQUELE NÚMERO DE VAGAS INFORMADO.** (MANDADO DE SEGURANÇA; Nº. ACORDÃO: 7925/2009; Nº. DO PROCESSO: 2009106817; Nº. DO FEITO: 0158/2009; RELATOR: DR(A) GENI SILVEIRA SCHUSTER (CONVOCADO) Publicação: DJE nº 2933, de 19/09/09). *Grifos nossos.*

Assim, constata-se que, hoje, há direito subjetivo de nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas, impondo-se, inclusive, à administração pública o dever de motivação do ato de não nomeação, passível de controle pelo Poder Judiciário.

Contudo, resta analisar acerca da situação do pretendente apenas classificado, porém, fora do número de vagas, se tem direito ou mera expectativa.

O entendimento sedimentado, no Superior Tribunal de Justiça, era de que, do mesmo modo que o candidato aprovado dentro do número de vagas ofertadas pela administração possui o direito de ser nomeado antes da expiração da validade do certame, é igualmente certo o direito à nomeação daquele que foi aprovado para cadastro de reserva, mas se encontra classificado dentro das vagas posteriormente ofertadas pela administração. Veja-se:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE PSICÓLOGO. APROVAÇÃO DENTRO DO CADASTRO DE RESERVA PREVISTO EM EDITAL. ABERTURA DE NOVAS VAGAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. VAGAS NÃO PREENCHIDAS APÓS VENCIDO O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. 1. O Superior Tribunal de Justiça adota entendimento segundo o qual a regular aprovação em concurso público em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital confere ao candidato direito subjetivo à nomeação e posse dentro do período de validade do certame. 2. Nessa linha, **a jurisprudência desta Corte Superior também reconhece que a classificação e aprovação do candidato, ainda que fora do número mínimo de vagas previstas no edital do concurso, confere-lhe o direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo se, durante o prazo de validade do concurso, houver o surgimento de novas vagas, seja por criação de lei ou por força de vacância.** 3. No caso concreto dos autos, a recorrente Sidnéa Miranda Vieira ficou colocada em 63º no concurso público para provimento do quadro de profissionais da Saúde do Estado de Tocantins para o cargo de Psicólogo, no município de Palmas, que tinha 17 vagas, ou seja, foi aprovada fora do número de vagas previstas em edital. 4. Pelas informações prestadas pelo Estado do Tocantins, conclui-se que: (i) foram nomeados 51 candidatos; (ii) desses candidatos nomeados, 10 nomeações foram tornadas sem efeitos, sendo nomeados apenas mais 3 candidatos para o preenchimento das vagas, o que caracteriza 7 vagas em aberto; (iii) foram criados novos cargos pela Lei Estadual nº 2.503/11, aumentando o número de vagas para o cargo de Psicólogo de 132 para 262, ou seja, criou-se mais 130 vagas. 5. Pelos dados acima delineados, verifica-se o surgimento de 137 novas vagas para o cargo de Psicólogo no Estado de Tocantins (7 vagas de candidatos referentes à nomeações tornadas sem efeito + 130 vagas criadas por lei). 6. A recorrente foi aprovada, dentro do cadastro de reserva, na posição classificatória 63º, ou seja, a 12ª que deve ser convocada, uma vez que o último a ser chamado foi o 51º. Dessa forma, obedecendo a ordem de classificação e preenchendo as vagas restantes, a colocação da candidata, ora recorrente, é atingida para a convocação. 7. Não há que se falar que as novas vagas criadas por lei não podem ser preenchida com a nomeação da impetrante, uma vez que "não há como afirmar, com base no texto legislativo, que todas as vagas porventura surgidas sejam para atender a demanda de Palmas, localidade almejada pela Impetrante". Improvável que, das 130 vagas criadas, 5 não estejam na capital Palmas (número de vagas necessárias para atingir a colocação da recorrente), que tem uma demanda maior. Ademais, se não houver a referida vaga no município de Palmas/TO, de acordo com o item 10.4.2 do edital do concurso em questão, "em caso de não haver mais candidatos classificados em um município e permanecer a necessidade de preenchimento de vaga (s), a administração poderá proceder a convocação de candidatos do mesmo cargo/perfil (quando houver) de outro município, obedecendo, rigorosamente, a ordem de classificação geral" (fls. 40). 8. Recurso ordinário provido para determinar a posse da recorrente no cargo de Psicólogo da Secretaria de Saúde do Estado de Tocantins, após o cumprimento das exigências editalícias,

observada a ordem de classificação; resguardado o regime previdenciário vigente da datado fim do prazo de validade do concurso. (STJ - RMS: 40900 TO 2013/0027263-7, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 04/04/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/04/2013). **Grifos Nossos.**

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à mera expectativa de direito à nomeação daquele que, aprovado em concurso público, foi classificado além do número de vagas ofertado no instrumento convocatório. Porém, **é igualmente certo que essa expectativa se convola em pleno direito subjetivo do candidato se, durante a vigência do certame, surgirem novas vagas, tanto mais quando cláusula editalícia assim o preveja.** Precedentes deste STJ."(RMS 36.818/AC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2014, DJe 25/06/2014). **Grifos Nossos.**

Dessa forma, o candidato aprovado em concurso público dentro do cadastro de reserva, ainda que fora do número de vagas originalmente previstas no edital do certame, tinha direito subjetivo à nomeação quando, durante o prazo de validade do concurso, houvesse o surgimento de novas vagas, fosse em razão da criação de novos cargos mediante lei, fosse em virtude de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento.

Ocorre que, com o tempo e com a multiplicação das ações judiciais impetradas por classificados em concurso público pleiteando a nomeação, esse entendimento começou a mudar, conforme demonstrado pela colação da jurisprudência a seguir, e culminou com julgamento de tese de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal elucidativa sobre o tema, também colacionada abaixo. Veja-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 100/2007 PELO STF (ADI. 4.876/DF). ALEGAÇÃO DE NOVAS VAGAS. CANDIDATA CLASSIFICADA FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO NÃO EXPIRADO.

1. Trata-se, na origem, de Ação Mandamental impetrada pela recorrente contra o Governador do Estado de Minas Gerais, objetivando provimento no cargo de Assistente Técnico de Educação Básica, no Município de Belo Oriente/MG, tendo em vista sua aprovação ao cargo almejado na 10ª posição, bem com a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual 100/2007 pela Suprema Corte Federal (ADI 4.876/DF), que ensejou a vacância de oito cargos providos sem concurso público, que poderão ser preenchidos por concursados, dentre eles a recorrente.

2. É assente no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital ou em concurso para cadastro de reserva não possuem direito líquido e certo à nomeação, mesmo que novas vagas surjam no período de validade do concurso - por criação de lei ou por força de vacância -, cujo preenchimento está sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da Administração. Precedentes do STJ.

3. Por conseguinte, se não há direito líquido e certo devidamente caracterizado e comprovado, inviabiliza-se a pretensão mandamental.

4. Ressalta-se que o prazo de validade do concurso em discussão ainda não expirou, segundo informações constantes no acórdão combatido (fl. 168, e-STJ): "o concurso foi homologado em 15/11/2012, estendendo seus efeitos

até 15/11/2014, prevendo o instrumento editalício, em seu item 1.5, que o concurso poderia ser prorrogado por outro biênio, o que de fato ocorreu, conforme ato publicado no Diário do Executivo do dia 04/11/2014, fl. 08, findando-se agora, definitivamente, no dia 15/11/2016".

5. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança não provido. (STJ - RMS: 47861 MG 2015/0059227-1, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 02/06/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/08/2015). **Grifos nossos.**

Como dito, por maioria de votos, o plenário do STF, em 09 de dezembro de 2015, decidiu, em recurso com repercussão geral, quanto à nomeação de candidatos aprovados em concurso para o preenchimento de cargos, mas classificados fora das vagas previstas em edital. Fixou-se, assim, a seguinte tese:

"O surgimento de novas vagas ou abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do poder público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, **o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: (1) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas previstas no edital; (2) quando houver preterição à nomeação em inobservância da ordem de classificação, vide a súmula 16; (3) quando surgirem novas vagas ou for aberto de novo concurso durante a validade do certame anterior e ocorrer a preterição de candidato de forma arbitrária e imotivada por parte da administração**, nos termos acima." **Grifos nossos.**

A decisão se deu em Recurso Extraordinário interposto pelo Estado do Piauí, ao qual já havia sido negado provimento. No caso, o Estado realizou concurso para provimento de 30 vagas para o cargo de defensor público. Além das vagas previstas no edital, foram chamados mais 88 candidatos classificados. A partir daí, ainda dentro do prazo de validade do certame, o Estado anunciou a realização de outro concurso público para provimento de novas vagas. A medida foi questionada pelos candidatos classificados no concurso anterior, que impetraram mandado de segurança para garantir seu direito à nomeação.

O ministro Luiz Fux, relator, observou que, salvo em situações excepcionais, que devem ser devidamente justificadas pela administração pública, os candidatos aprovados em certame prévio devem ter preferência na convocação em relação aos aprovados em concurso realizado posteriormente.

Para ele, a aprovação além do número de vagas previstas em edital, passando o candidato a integrar cadastro de reserva, embora não gere a obrigação do Estado, configura expectativa de direito à nomeação. Entretanto, a partir do momento em que "o Estado manifesta inequívoco interesse, inclusive com previsão orçamentária, de realizar novo concurso, o que era mera expectativa de direito tornou-se direito líquido e certo".

Em outubro de 2015, o STF já havia julgado o tema, reconhecendo o direito à nomeação de candidatos que se encontravam no cadastro reserva, quando a Administração estava adotando medidas para provimento dos cargos por meio de novo

concurso (no caso, o estado do Piauí anunciou, dentro do prazo de validade do concurso anterior, a realização de outro certame para provimento de novas vagas).

Na oportunidade, o ministro Luiz Fux destacou que, embora a nomeação de candidatos além das vagas previstas esteja sujeita à discricionariedade da administração pública, deve ser exercida legitimamente de forma a se evitar condutas que, deliberadamente, deixem esgotar o prazo fixado no edital de concurso público para nomear os aprovados em novo certame. Dessa forma, se a administração decide preencher imediatamente determinadas vagas e existem candidatos em cadastro de reserva de concurso ainda válido, o princípio da boa-fé impõe o preenchimento das vagas com esses candidatos.

Por fim, complementou o relator que não se trata de impedir a abertura de novo concurso enquanto houver candidatos ainda não convocados de certame anterior. Segundo ele, o que fica vedado, no entanto, é a convocação, durante o prazo de validade do primeiro, dos candidatos aprovados no certame seguinte, sob pena de se configurar preterição e conseqüente ofensa ao preceito do artigo 37, inciso IV da Constituição Federal que assegura prioridade de nomeação aos aprovados em concurso anterior ainda em prazo de validade.

Dada a complexidade do tema, o STF não fixou a tese sobre a repercussão geral, deixando para fazê-la, como citado, no dia 9 de dezembro de 2015. Para o relator, ministro Luiz Fux, a partir do momento em que "o Estado manifesta inequívoco interesse, inclusive com previsão orçamentária, de realizar novo concurso, o que era mera expectativa de direito tornou-se direito líquido e certo".

Em suma, o que interessa para fins de análise da presente consulta é que o candidato terá direito subjetivo à nomeação (ou seja, deverá ser nomeado dentro do prazo de validade do concurso) quando:

1. *a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;*
2. *houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação;*
3. *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.*

Note-se que não há direito automático à nomeação para o candidato aprovado fora das vagas do edital com o simples surgimento de novas vagas ou abertura de novo concurso. É necessário, de acordo com a tese de repercussão geral, que ocorra simultaneamente a **preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração.**

Indo mais além, vê-se uma tendência do STF de considerar que deverá ocorrer a nomeação do candidato aprovado fora das vagas quando, dentro da validade do concurso público, **surgirem novas vagas e, inequivocamente, o Estado necessitar realizar o seu provimento.**

Assim, analisando-se a jurisprudência colacionada, vê-se que é necessário, para qualquer nomeação, primeiramente, que o concurso esteja em validade e, em segundo lugar, que, quando preenchida as vagas pelos candidatos aprovados, somente as que surgirem ao longo da vigência do certame é que podem ser ocupadas pelos classificados, obedecida à ordem de classificação, como preceitua a CF/88, sem que haja, entretanto, para estes classificados, direito subjetivo à nomeação, mas sim mera

expectativa de direito. Para o classificado fora das vagas previstas em edital, o direito torna-se subjetivo apenas na hipótese de surgimento de novas vagas ou abertura de novo concurso durante a validade do certame anterior e ocorrência de preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração.

3.3 CRIAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS POR LEI A SEREM PROVIDOS POR CANDIDATOS CLASSIFICADOS EM CONCURSO PÚBLICO JÁ REALIZADO

Quanto à criação de novos cargos públicos, por meio de Lei, para que sejam preenchidos por candidatos classificados em certame já realizado, entende-se perfeitamente possível, desde que ocorra dentro do prazo de validade do concurso público, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, com base em todo o exposto, tanto é perfeitamente possível a criação de cargos públicos por meio de Lei para serem preenchidos por candidatos classificados em concurso público já realizado, como gera expectativa de direito para esses candidatos de serem nomeados, caso essa criação de cargos venha a ocorrer dentro do prazo de validade do certame.

Assim, caso haja previsão de cadastro de reserva para o concurso, existe a possibilidade da nomeação de candidatos cuja classificação ultrapassou o número de vagas previsto inicialmente no certame, pois existirão classificados aptos a ocupar novos cargos criados por Lei.

Nesse sentido, colaciona-se abaixo decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - CRIAÇÃO POSTERIOR DE VAGAS - CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL DE CADASTRO DE RESERVAS - DESPROVIMENTO DO RECURSO. O candidato aprovado fora do número de vagas somente terá direito subjetivo à nomeação se houver expressa previsão de cadastro de reservas no edital do certame, bem como "o surgimento de novas vagas, seja em razão da criação de novos cargos mediante lei, seja em virtude de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento" (RMS n. 37.882, Min. Mauro Campbell Marques, j. 18.12.2012). (TJ-SC - MS: 20130344816 SC 2013.034481-6 (Acórdão), Relator: Pedro Manoel Abreu, Data de Julgamento: 16/09/2013, Terceira Câmara de Direito Público Julgado).

3.4 RECOMENDAÇÕES ACERCA DE PROJETO DE LEI QUE CRIE NOVOS CARGOS PÚBLICOS

Em atenção ao novo entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal em tese de repercussão geral, por precaução, cabe ao Município tomar o cuidado de criar, de forma planejada, a quantidade de cargos públicos, compatível com a sua disponibilidade financeira e orçamentária, atendendo aos limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Além de fazer cumprir os preceitos constitucionais e legais citados no item 2.1, tal medida evitará possíveis ações judiciais dos classificados que se encontram dentro das vagas posteriormente criadas, pois, caso o Município manifeste inequívoco interesse de realizar novo concurso, o que era mera expectativa de direito poderá tornar-se direito líquido e certo à nomeação.

Ressalta-se, ainda, que o Projeto de Lei deverá prever as novas vagas de forma clara. Não pode confundir-se com uma alteração no número de vagas previstas no Edital já publicado e cujas provas já foram realizadas. Não pode o Projeto de Lei pretender alterar as vagas oferecidas no Edital, referindo-se a “vagas edital” e “vagas alteradas”.

Se assim fosse, seria necessário subtrair o número existente na coluna “vagas alteradas” do número que se encontra na coluna “vagas edital” para concluir-se qual o número de vagas criadas para cada cargo.

Caso a intenção do Projeto de Lei municipal fosse alterar as vagas constantes no Edital, restaria ofendido o princípio da vinculação ao Edital, segundo o qual, como bem destaca Fernanda Marinela¹, é o edital que deve definir tudo que é importante para o certame, não podendo o Administrador exigir nem mais nem menos do que está previsto nele. Por essa razão, é que a doutrina diz que o edital é lei interna da licitação, ficando a ele estritamente vinculada, conforme previsto no art. 41 da Lei de Licitações.

Dessa feita, em se tratando de regras constantes de instrumento convocatório, deve haver vinculação a elas. É o que estabelecem os artigos 3º, 41 e 55, XI, da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

[grifos acrescidos]

Trata-se, na verdade, de princípio inerente a toda licitação e que evita não só futuros descumprimentos das normas do edital, mas também o descumprimento de diversos outros princípios atinentes ao certame, tais como o da transparência, da igualdade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade, da probidade administrativa e do julgamento objetivo.

Assim, impossível se alterar o número de vagas do certame após, inclusive, a realização das provas, sob pena de se configurar grave afronta aos princípios da segurança jurídica e da vinculação ao Edital. Os candidatos devem conhecer todas as regras do concurso antes de sua realização, por meio do Edital, que é a lei do concurso e deve ser fielmente respeitado.

Destaca-se que o número de vagas de um concurso, muitas vezes, é um dos fatores determinantes para que o candidato disponha-se a fazer a prova. O aumento nesse número após a realização do certame prejudicaria pessoas que deixaram de se

¹ MARINELA DE SOUSA SANTOS, Fernanda. **Direito Administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 264.

inscrever por causa do quantitativo de vagas. Além do que, caso as vagas tivessem sido ofertadas oportunamente, a concorrência do certame provavelmente seria maior e certamente a lista de aprovados seria diferente, pois muitas pessoas a mais estariam concorrendo às vagas.

Portanto, o dever de boa-fé da Administração Pública exige respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. De igual maneira, deve-se garantir o respeito à segurança jurídica, sob a forma do princípio de proteção à confiança, pois, quando a Administração Pública torna público um edital de concurso, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas no edital. Assim, aqueles cidadãos que decidem se inscrever para participar do certame depositam sua confiança no Estado, que deve atuar de forma responsável quanto às normas editalícias e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento.

Por fim, cita-se o elucidativo posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*:

ESTATUTO DO IDOSO - ADEQUAÇÃO DO CRITÉRIO DE DESEMPATE DE ACORDO COM A LEI 10.741/03 - PESSOAS COM IDADE IGUAL OU SUPERIOR A 60 (SESENTA) ANOS - ALTERAÇÃO IMPLEMENTADA APÓS A REALIZAÇÃO DAS PROVAS E DIVULGAÇÃO DOS RESULTADOS - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - CONCESSÃO DA LIMINAR - PRESENÇA DOS REQUISITOS CONSUBSTANCIADOS NO FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. RECURSO PROVIDO. O edital, como elemento fundamental ao procedimento licitatório, regula todo o certame, determinando seu objeto e os deveres e direitos das partes. Segundo o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, é imprescindível a observância aos limites constantes do corpo do edital, porém, tal princípio não é absoluto. Havendo necessidade de adequar o instrumento à legislação vigente ou qualquer outra norma, pode o edital ser alterado. **Contudo, o critério de desempate, em função da idade, utilizado para alterar o edital nº 02/2012, de maneira a adequá-lo ao Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), deu-se após o encerramento do processo classificatório e divulgação dos resultados. Embora a Administração Pública disponha de poderes de autotutela, tal prerrogativa não pode ser exercida a qualquer tempo ou modo. As disposições previamente estabelecidas no certame devem ser respeitadas, sob pena de instaurar-se a insegurança jurídica na relação entre as partes. Assim, a simples justificativa da Administração Pública de atender a recomendação do órgão ministerial, não pode alterar, após o encerramento da fase classificatória, o resultado do certame.** (TJ-MG - AI: 10024130414188001 MG, Relator: Armando Freire, Data de Julgamento: 15/10/2013, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 23/10/2013). *Grifos nossos*

Dessa forma, recomenda-se que o Projeto de Lei de criação de cargos públicos disponha de forma clara as informações, constando o número de cargos criados e o número de cargos totais, sem fazer menção a Edital de concurso já realizado e às vagas nele constantes.

4 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, propõe-se ao Tribunal de Contas do Estado do Piauí responder à consulente que é possível a criação de cargos públicos, por meio de Lei, para serem preenchidos por candidatos aprovados em certame já realizado, desde que:

1 – a criação de cargos públicos observe o estabelecido no artigo 169, §1º, da Constituição Federal e nos artigos 16, 17, 21 e 22, da Lei de Responsabilidade Fiscal;

2 - o preenchimento da vaga ocorra dentro do prazo de validade do concurso e

3 - haja previsão no edital para formação de cadastro de reserva, com lista de classificados.

Assim, estando o concurso ainda dentro do prazo de validade e havendo previsão em edital para a formação de cadastro de reserva, recomenda-se apenas que o Projeto de Lei que cria cargos públicos atenda aos requisitos constitucionais e legais citados e que a sua redação seja clara, no sentido de estabelecer quais são e quantos são os cargos que estão sendo criados, sem menção a Edital de concurso já realizado.

Coloca-se essa Diretoria à disposição do Relator, para os esclarecimentos que se fizerem necessários.

Teresina (PI), 05 de Maio de 2016.

Assinado Digitalmente

Laura Donarya Alves de Sá Nascimento

Auditora de Controle Externo – Área Jurídica

Assinado Digitalmente

Djenane de Melo Rodrigues

Auditora de Controle Externo
Chefe da II DFAM, em substituição

VISTO:

Assinado Digitalmente

Vilmar Barros Miranda

Diretor da DFAM