



Decisão 00139/2024-3 - 2ª Câmara

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 06167/2023-3

Classificação: Edital de Concurso

Ano do concurso: 2023

UG: PMS - Prefeitura Municipal de Serra

Relator: Marco Antônio da Silva

ATOS DE PESSOAL – EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO – IRREGULARIDADES – EXPEDIÇÃO DE DETERMINAÇÃO – RETIFICAÇÃO E/OU ESCLARECIMENTOS – PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS.

As irregularidades constatadas nos procedimentos relativos ao Edital de Concurso Público 001/2023, conforme apontamentos do corpo técnico, impõe a expedição de determinação com o fito de que o Jurisdicionado promova às retificações necessárias e/ou apresente os esclarecimentos que entender pertinentes, nos termos do art. 208 do Regimento Interno desta Egrégia Corte, Resolução TC 261/2013.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA:

Versam os presentes autos acerca de procedimentos realizados pelo **Poder Executivo do Município da Serra**, em sede de Concurso Público regido pelo **Edital**

01/2023, visando o preenchimento de 150 (cento e cinquenta) vagas no Cargo de Agente Comunitário de Segurança, encaminhado a este Tribunal de Contas, na forma do artigo 1º, inciso XXXIV, da Lei Complementar 621/2012 e da Instrução Normativa TC 38/2016, alterada pela Portaria 36/2017, para apreciação e subsídio à análise dos atos admissionais dele decorrentes.

A área técnica, através do Núcleo de Controle Externo de Registro de Atos de Pessoal – NRP, após a realização de diligência, nos termos da Manifestação Técnica 03531/2023-5, concluiu pela necessidade de **regularização** do Edital em voga, opinando pela expedição de determinações à Unidade Gestora, bem como reluzindo de sua remessa intempestiva.

O Ministério Público Especial de Contas, através do Procurador Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, nos termos do Parecer 05310/2023-1, em consonância com a área técnica, pugnou no mesmo sentido.

Conforme regular distribuição vieram os autos a este Magistrado de Contas para emissão de relatório e voto para efeito de deliberação do Colegiado, na forma do art. 29 do Regimento Interno, Resolução TC 261/2013.

É o sucinto relatório.

V O T O

Encaminhado a esta Corte de Contas o Processo relativo ao Edital de Concurso Público 01/2023, realizado pelo Poder Executivo do Município da Serra, visando o preenchimento de 150 cargos de provimento efetivo, necessário é a sua análise para apreciação pelo Colegiado, em razão da documentação que lhe dá suporte.

1. DAS CONSIDERAÇÕES DE FATO E DE DIREITO:

Da análise do feito, verifico que a área técnica, através do Núcleo de Controle Externo de Registro de Atos de Pessoal – NRP, nos termos da Manifestação Técnica 03531/2023-5, concluiu necessidade de **regularização** do Edital, tendo assentado que sua remessa se deu de forma intempestiva, assim se manifestando, *in verbis*:

[...]

3. DOS INDÍCIOS DE INCONSISTÊNCIAS IDENTIFICADOS

Durante o curso da análise do edital foram identificados os seguintes indícios de irregularidades:

3.1 Da afronta a jurisprudência sobre a aplicação dos percentuais de reserva de vagas em todas as fases do concurso público

O Edital nº 01/2023 possui a seguinte previsão sobre a classificação de candidatos a 3ª fase – prova de capacidade física:

[...]

Desta forma, a prova física a ser realizada na 3ª fase do certame prevê a aprovação dos 750 primeiros colocados, sem distinguir separação por cotas.

Conforme o subitem 2.1 o presente concurso prevê que do total de 150 vagas ofertadas haverá 30 % de reserva de vagas para cota negros (45 vagas) e 5% de vagas para cota pessoas com deficiência (8 vagas). Porém, essa proporcionalidade não é mantida para a 3ª fase do certame.

Instado a se manifestar sobre a constitucionalidade da política de cotas o Supremo Tribunal Federal analisou Ação Direta de Constitucionalidade nº 41/Distrito Federal proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

O objeto da ação foi a Lei nº 12.990/2014, que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta.

O CFOAB questionou que se a política de cotas violava a Constituição Federal quanto ao direito à igualdade (CF/1988, art. 5º, caput), a vedação à discriminação (CF/1988, art. 3º, IV), o princípio da eficiência (CF/1988, art. 37, caput), o princípio do concurso público (CF/1988, art. 37, II) e o princípio da proporcionalidade.

A seguir, apresenta-se a decisão da Suprema Corte sobre a constitucionalidade da política de cotas:

[...]

É possível retirar da ementa da ADC nº 41 / Distrito Federal (subitem 3.) os seguintes parâmetros a serem observados pela Administração Pública:

I) Os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos;

II) A reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura);

III) Os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas;

IV) A ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas.

Ao colocar que somente os 750 primeiros colocados poderão participar da fase de prova de capacidade física o jurisdicionado afronta a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Constitucionalidade que prevê de forma explícita que “os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos”.

Desta forma, para cumprir o entendimento da Suprema Corte o jurisdicionado deveria manter a proporcionalidade das cotas como critério para a convocação das provas de capacidade física, bem como para todas as fases do certame e estender a aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados para produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas.

Conclui-se que pela irregularidade da previsão da cláusula 10.1 do Edital nº 01/2023 afronta a jurisprudência em vigor.

3.2 Da afronta a jurisprudência sobre a adaptação razoável para o teste de aptidão física

O Edital de Abertura nº 1/2023 apresenta a seguinte previsão, com caráter de inflexibilidade, sobre os candidatos que fizerem o teste de aptidão física:

[...]

O Supremo Tribunal Federal possui visão diametralmente oposta ao que prevê o edital. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 6476 o STF firmou o seguinte entendimento:

[...]

Conforme entendimento do STF “É inconstitucional a interpretação que submeta candidatos com e sem deficiência aos mesmos critérios nas provas físicas sem a demonstração da sua necessidade para o desempenho da função pública”. Logo, a previsão do edital que prevê “Não haverá adaptação da Prova de Capacidade Física às condições do candidato” deve ser revista em respeito a jurisprudência em vigor.

Cabe ressaltar que a decisão é explícita quando afirma que o uso de tecnologias assistivas e adaptações adicionais deve ser autorizada nos limites da razoabilidade, mas não podem ser proibidas como almeja o jurisdicionado.

A razoabilidade já foi tema de decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF 1 que firmou na APELAÇÃO CÍVEL 200234000267080/DF que alertou a necessidade ponderação a respeito do limite de rigor a ser imposto em concurso da Polícia Rodoviária Federal nos casos de candidato que apresente deficiência visual:

[...]

Não foi encontrado no edital a demonstração da sua necessidade para o desempenho da função pública que pudesse amparar a vedação do uso de tecnologias assistivas e adaptações adicionais.

Assim, considerando a jurisprudência em vigor aponta-se a irregularidade do subitem 10.21.1. do presente edital.

3.3 Do descumprimento da exigência da apresentação da declaração de imposto de renda como critério para investidura no cargo público.

A Lei nº 8.429/92 alterada pela Lei nº 14.230/2021, conhecida como lei de improbidade administrativa, possui em seu texto a seguinte previsão em relação a declaração de bens por parte de agentes públicos:

[...]

O § 3º do mesmo disposto da norma aponta que a afronta ao comando do caput do artigo 13 é passível de sanção disciplinar para conduta gravíssima com a demissão do serviço público, observe:

[...]

É perceptível o peso que o legislador concede ao comando do dispositivo ao prevê punição máxima de demissão aos que se recusarem a apresentar a declaração de bens apresentada à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

O edital prevê em seu item 3 “ Dos requisitos básicos para investidura no cargo” a apresentação de declaração de bens e valores, não a declaração de imposto de renda e proventos de qualquer natureza. Veja:

[...]

O edital é omissivo em exigir a previsão legal na qual o legislador prevê a demissão do serviço público a quem não a atender ou tentar ludibriá-la.

O legislador decidiu que para aqueles que queiram fazer parte do serviço público é necessário que a declaração seja a mesma informada à Receita Federal do Brasil. Tanto é que foi revogado o artigo 13 que detalhava o que deveria constar no ato declaratório do candidato, como também foi revogado o § 4º do mesmo artigo que possibilitava a escolha pela declaração de imposto de renda.

A previsão da Lei nº 14.230 de 2021, no parágrafo 3º do artigo 13, deve constar do edital para alertar aos candidatos sobre a apresentação de item essencial a investidura (posse e exercício) do cargo público.

Conclui-se que a ausência de previsão de apresentação de declaração de imposto de renda contraria lei em vigor.

4. CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Conclui-se que a remessa do Edital nº 01/2023, não foi encaminhada tempestivamente, nos termos do item 2.4 desta análise técnica.

Conclui-se, ainda, conforme o exposto, e opina-se:

- a) Pela Regularização do Edital nº 01/2023, nos moldes da previsão do artigo 20, inciso II, da Instrução Normativa IN nº 38/2016, considerando o exposto nos itens 3.1, 3.2 e 3.3 desta Manifestação Técnica, concluindo que as inconsistências apontadas são passíveis de correção;
- b) Para emissão de determinação das correções necessárias ao saneamento do processo com a notificação do responsável para adoção de medidas corretivas, no prazo de até 10 (dez) dias, em conformidade com a previsão do artigo 20, § 2º da IN nº 38/2016. – g.n.

O Ministério Público Especial de Contas, por meio do Procurador, Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, nos termos do Parecer 05310/2023-1, anuiu *in totum* a proposta de encaminhamento feita pela área técnica.

Do compulsar o teor da análise técnica, vislumbra-se que a sua fundamentação para propor a necessidade de regularização do Edital, em voga, se deu ante a identificação de **03 (três) indícios de irregularidades**, quais sejam: *i) inobservância da jurisprudência firmada quanto à aplicação dos percentuais de reserva de vagas em todas as fases do concurso; ii) inobservância da jurisprudência firmada quanto à adaptação razoável para o teste de aptidão física; e, iii) descumprimento da exigência da apresentação da declaração de imposto de renda como critério para investidura no cargo público.*

No tocante ao **primeiro indício de irregularidade** – “3.1 Da afronta a jurisprudência sobre a aplicação dos percentuais de reserva de vagas em todas as fases do concurso público” –, o corpo técnico desta Egrégia Corte de Contas aponta

que da forma como normatizada, **item 10.1** do Edital em voga, na terceira fase do certame – prova de capacidade física – não houve a distinção das vagas reservadas aos candidatos cotistas.

Do compulsar as disposições fixadas no bojo do Edital, em especial o item 4 e seus subitens, depreende-se que, de fato, **não houve a distinção de tratamento entre as vagas da ampla concorrência em face daquelas reservadas aos candidatos cotistas.**

Neste sentido, anuo ao posicionamento externado pela área técnica, encampando pelo *Parquet* de Contas, cuja análise se mostra adequada, razão pela qual acolho tal entendimento.

Em relação ao **segundo item** - “3.2 Da afronta a jurisprudência sobre a adaptação razoável para o teste de aptidão física.”, aduz o corpo técnico desta Egrégia Corte, segundo entendimento fixado pelo Excelso Pretório, a inconstitucionalidade do **item 10.21.1** do Edital em voga.

A seguir, transcreve-se *ipsis litteris* os termos do sobredito item, vejamos:

[...]

10.21.1. Não haverá adaptação da Prova de Capacidade Física às condições do candidato, de modo que não ocorrerá tratamento diferenciado a nenhum candidato, independentemente das circunstâncias alegadas ou de situações que impossibilitem, diminuam ou limitem a capacidade física e(ou) orgânica do candidato, ocasionadas antes ou durante a realização do exame de aptidão física, ou seja, o candidato deverá realizar os testes de acordo com o previsto no edital de abertura e de convocação. – g.n.

A *priori*, destaca-se o fato de que, no caso em voga, diferente de outros processos apreciados nesta Corte - nos quais a discussão incidira sobre a pertinência ou não da reserva de vagas às pessoas com deficiência para o cargo de agentes de segurança – embora a Guarda Municipal não seja parte especificamente das forças de segurança -, a Unidade Gestora previu tal reserva – **item 4.1.1.**

De modo que, tendo em vista a previsão legal – “o Edital é a lei do concurso” conforme jurisprudência firmada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça – depreende-se como inócua a reserva de vagas às pessoas com deficiência, prevista no **item 4.1.1**, ante a ausência de adaptação da prova de capacidade física.

Em sendo assim, não havendo discussão sobre a pertinência ou não da reserva de vagas às pessoas com deficiência, vez que já assegurada no Edital em voga, vislumbro assistir razão ao entendimento da área técnica quanto à necessidade de revisão do disposto no subitem 10.21.1.

Quanto ao **terceiro item** – “3.3 Do descumprimento da exigência da apresentação da declaração de imposto de renda como critério para investidura no cargo público.”, pondera o corpo técnico desta Egrégia Corte afronta ao disposto no art. 13, da Lei 8.429/1992, alterada pela Lei 14.230/2021.

Conforme bem assentado pela área técnica, a omissão do Edital de não exigir, dentre os requisitos básicos para investidura no cargo, a composição patrimonial do candidato ao cargo público conflita com o disposto no art. 13, *caput*, da Lei 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa (redação dada pela Lei 14.320/2021), visto que para efeito de investidura nos cargos públicos, tem-se como condicionante a apresentação da declaração de imposto de renda que tenha sido apresentada à Receita Federal.

Assim sendo, entendo assistir razão à área técnica, cuja análise se mostra adequada, motivo pelo qual acolho tal entendimento, adotando-o como razão de decidir, conforme razões trazidas.

2. DO DISPOSITIVO:

Ante o exposto, acompanhando o posicionamento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas, proponho **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove o seguinte teor de **Decisão** que submeto à sua consideração.

MARCO ANTONIO DA SILVA

Relator

1. DECISÃO TC-0139/2024-3

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas, em:

1.1. EXPEDIR DETERMINAÇÃO ao **Poder Executivo do Município da Serra**, através do Prefeito, Sr. Sérgio Vidigal, ou de quem eventualmente lhes faça as vezes, para que, **no prazo de 10 (dez) dias**, promova as retificações necessárias à regularização do Edital 001/2023 e/ou apresente os esclarecimentos que entender pertinentes consoante as ponderações trazidas nesta Decisão, ante os termos da Manifestação Técnica 03531/2023-5, conforme disposto no art. 208 do Regimento Interno desta Egrégia Corte de Contas;

1.2. ALERTAR ao Gestor Responsável que o retorno dos autos a esta Corte de Contas deve se dar na forma eletrônica, sendo que o não atendimento à presente diligência, no prazo fixado, poderá ensejar a aplicação de multa, na forma do art. 135 da Lei Complementar 621/2012 c/c o art. 389 da Resolução TC 261/2013.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 02/02/2024 – 3ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara

4. Especificação do quórum:

4.1 Conselheiros: Rodrigo Coelho do Carmo (presidente), Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

4.2. Conselheiro Substituto: Marco Antonio da Silva (relator)

5. Membro do Ministério Público de Contas: procurador de contas Luciano Vieira, em substituição ao procurador-geral.

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Presidente