



Acórdão 00212/2024-7 - 2ª Câmara

Processo: 03539/2023-7

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMM - Prefeitura Municipal de Montanha

Relator: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

Interessado: ANDRE DOS SANTOS SAMPAIO

Representante: Membros do Ministério Público de Contas (LUCIANO VIEIRA)

REPRESENTAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL DE MONTANHA. ADMISSÃO DE PESSOAL. CARGO EM COMISSÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. COVID-19. DESPESA PÚBLICA. AUMENTO DE DESPESA EM PERÍODO VEDADO PELA LEI COMPLEMENTAR 173/2020. PESSOAL. VEDAÇÃO. ILEGALIDADE.

1. Considerando o disposto no art. 8º, inciso IV, da Lei Complementar nº 173/2020, durante o período de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19, que se estendeu até 31 de dezembro de 2021, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estão sujeitos a restrições quanto à admissão de pessoal. De acordo com as disposições legais, salvo exceções específicas, fica proibida a admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvando-se reposições de cargos de chefia, direção e assessoramento que não impliquem em aumento de despesa, reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, contratações temporárias conforme previsto no inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, contratações de temporários para prestação de serviço militar e contratações de alunos de órgãos de formação de militares.

O RELATOR, EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN:

I - RELATÓRIO

Tratam os autos de representação em face do senhor André dos Santos Sampaio, Prefeito de Montanha, oriunda do Ministério Público Especial de Contas, em que são narradas supostas irregularidades relacionadas à admissão de pessoal no âmbito da prefeitura, no exercício de 2021, em afronta às disposições contidas na Lei Complementar 173, de 27 de maio de 2020, que estabeleceu o Programa Federativo de enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), conforme relatado na [Petição Inicial 00964/2023-5](#) (peça 02) e peças complementares de suporte (peça 03 a 09).

Nos termos da Decisão Monocrática 00990/2023-8 (peça 10), o Conselheiro Domingos Augusto Taufner conheceu a representação e determinou o encaminhamento dos autos ao Núcleo de Controle Externo de Fiscalização de Pessoal e Previdência (NPPREV), que se manifestou conforme Manifestação Técnica 02427/2023-4 (peça 11), opinando pelo processamento de fiscalização, haja vista a identificação dos critérios de risco, relevância, materialidade e oportunidade (art. 177-A, da Resolução TC nº 261, de 04 de junho de 2013), bem como a notificação do responsável.

O responsável apresentou [Defesa/Justificativa 01339/2023-2](#) (peça 19), a qual foi analisada pela área técnica nos termos da Instrução Técnica Inicial – ITI 00127/2023-2 (peça 22), concluindo pela proposta de citação do responsável, senhor André dos Santos Sampaio (Prefeito).

Após ser devidamente citado, por meio da Decisão SEGEX 01455/2023-4 (peça 23), o responsável apresentou a Defesa/Justificativa 01845/2023-1 (peça 28), a qual foi encaminhada à área técnica. Tal procedimento resultou na emissão da [Instrução Técnica Conclusiva – ITC 4194/2023-1](#) (peça 31) e na proposição do seguinte encaminhamento:

[...]

3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, opina-se pela seguinte proposta de encaminhamento:

3.1 – **Manter** as irregularidades referentes ao item 2.1 da ITI 00127/2023-2, de responsabilidade do senhor **André dos Santos Sampaio** (prefeito), tendo em vista o não acolhimento das razões de defesa, conforme fundamentação contida no item 2 desta peça, aplicando-lhe multa pecuniária, na forma do art. 135, inciso II, da Lei 261/2012 (Lei Orgânica deste Tribunal).

[...]

O Ministério Público de Contas se manifestou por meio do [Parecer do Ministério Público de Contas 00128/2024-5](#), opinando pelo acolhimento da proposta formulada pela ITC 4194/2023-1

Por derradeiro, vieram-me os autos conclusos para emissão de voto e posterior deliberação do colegiado.

Tendo relatado o necessário, passo agora a fundamentar a decisão.

II FUNDAMENTOS

Inicialmente, atesto que **acolho a proposta de encaminhamento da unidade técnica relatada, considerando a anuência do Ministério Público de Contas aos termos sugeridos na Instrução Técnica Conclusiva 04194/2023-1 (peça 31)**. Faço constar, portanto, aquela peça técnica como parte integrante da fundamentação de meu voto, independentemente de sua transcrição, nos moldes permitidos pela Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (LINDB) e por seu decreto regulamentar (art. 2º, §3º).¹

II.1 ADMISSIBILIDADE

Ao analisar o trâmite processual, constato que a presença dos requisitos de admissibilidade foi devidamente verificada na Decisão Monocrática de nº 00990/2023-8 (peça 10) proferida pelo conselheiro Domingos Augusto Taufner. Por conseguinte,

¹Decreto Nº 9.830, de 10 de junho de 2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos. [...] **§ 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão. (grifos nossos)**

estando satisfeitas as exigências legais e regulamentares para que seja admitida, ratifico o juízo de admissibilidade realizado e conheço a presente representação.

II.2 DA CONTRATAÇÃO DE PESSOAL TEMPORÁRIO E COMISSIONADO EM PERÍODO VEDADO PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 173/2020

Conforme relatado nos autos, trata-se de representação do Ministério Público Especial de Contas que evidencia, por meio de documentação anexada, que no período de **janeiro a março de 2021**, um total de 369 servidores foram admitidos (52 comissionados, 51 do regime administrativo e 266 do regime administrativo de designação temporária – processo seletivo) na Prefeitura de Montanha.

O representante relatou ainda que a prefeitura contratou 149 prestadores de serviços autônomos, enquanto apenas 52 destes prestadores foram demitidos.

No mesmo período mencionado, o representante informa que o município desligou apenas 70 servidores, dos quais 44 eram comissionados, 11 estavam sob o regime administrativo, 2 sob o regime administrativo efetivo, 1 era celetista e 11 estavam sob o regime administrativo de designação temporária. Além disso, foi desligado 1 servidor efetivo celetista.

Destacou a representação, portanto, o elevado número de admissões e contratações realizadas sem que fossem apresentadas justificativas de que os casos se enquadrassem nas exceções previstas na LC 173/2020, em especial ao art. 8º, IV e §1º², ou ancoradas no art. 37, IX, da Constituição Federal de 1988, no caso das contratações temporárias.

²Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:

[...]

IV - admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares.

[...]

§ 1º O disposto nos incisos II, IV, VII e VIII do caput deste artigo não se aplica a medidas de combate à calamidade pública referida no caput cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração.

O representante conclui que o responsável agiu de forma ilícita, ilegítima e antieconômica, sem prudência nos gastos públicos.

Nas alegações de defesa, o responsável argumenta que o art. 8º, IV e V, da LC 173/2020 prevê ressalvas às vedações apresentadas no *caput*, incluindo reposições de cargos de direção, chefia e assessoramento que não acarretem aumento de despesa, bem como reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios.

Além disso, de acordo com as justificativas da defesa, as contratações de temporários conforme art. 37, IX, da CF/88, as contratações temporárias para prestação do serviço militar, as contratações de alunos de órgãos de formação militar e a realização de concurso público para reposição de cargos decorrentes de vacâncias, também estão previstas como ressalvas na legislação citada.

Diante disso, o responsável conclui que:

[...]

4. Todas as admissões de pessoal citadas na representação do Ministério Público de Contas desse Tribunal, ao nosso sentir foram legais, pois, a calamidade pública decretada no País, criou naquele momento uma situação anormal, permitindo aos gestores públicos a utilização do inciso IX, do art. 37 da Constituição Federal na contratação temporária, **contratação essa permitida na Lei Complementar nº 173/2020, como acima citado.**

5. Os servidores contratados nos termos do inciso IX, do art. 37 da Constituição Federal, são servidores PREFEITURA MUNICIPAL DE MONTANHA temporários, e submetem-se a regime jurídico especial, conhecido com regime especial de direito administrativo, instituído por lei específica de cada ente.

6. Os servidores temporários não são titulares de cargos, desempenham apenas funções temporárias para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, e naquele momento da PANDEMIA eram necessárias essas contratações.

7. Há o relato na representação que o Município de Montanha contratou 149 prestadores de serviços, sendo que deste total, 52 foram demitidos. Neste exercício estamos demitindo muitos prestadores de serviços para regularizarmos esta situação.

8. Dentro de alguns meses teremos uma nova Estrutura Administrativa e um novo Plano de Cargos e Salários para realizarmos concurso público e acertamos de vez esta situação criada por PANDEMIA.

[...]

Assim, após análise do indício de irregularidade pela área técnica dessa Corte de Contas, conforme delineado na ITI 00127/2023, foi identificada a suposta conduta imputada ao senhor André dos Santos Sampaio, Prefeito de Montanha, de contratar pessoal comissionado durante o período vedado pela LC 173/2020 e temporário para funções rotineiras que deveriam ser preenchidas por servidores de carreira.

Diante dos indícios de irregularidade apontados a defesa reiterou os argumentos já esboçados acima, advindo aos autos a ITC 4194/2023, por meio da qual a área técnica concluiu que o responsável não conseguiu demonstrar que as admissões e contratações de pessoal decorreram do preenchimento dos critérios para se enquadrarem nas exceções previstas, nem que não acarretaram aumento de despesas durante o período legalmente vedado. Em vista disso, opinou pela aplicação de multa pecuniária:

[...]

2. DA ANÁLISE

[...]

Considerando que o gestor não inovou em suas argumentações de defesa, mantendo as mesmas justificativas antes apresentadas quando notificado, não há como afastar as irregularidades a ele imputadas nesta citação.

Neste caso, portanto, importa reprisar trecho da análise técnica antes realizada, disposta na Manifestação Técnica 02427/2023-4 (peça 11), reproduzidas na ITI 00127/2023-2 (peça 22):

A teor do que dispõe o art. 8º, inciso IV, e § 1º, da supramencionada Lei Complementar, estaria vedada no período de maio de 2020 a 31 de dezembro de 2021 a contratação de pessoal, a qualquer título, com exceção as reposições de cargos comissionados, de chefia, direção ou assessoramento, as decorrentes de vacância de cargos efetivos e as contratações temporárias, nos moldes exigidos pelo art. 37, IX, da CRF/88, além dos dois casos excepcionais de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares, senão vejamos:

Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:

(...)

IV - admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias

de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares.

Considerando a calamidade pública que se instalou em todo o território nacional, no período das contratações sob análise, esperava-se de todos os gestores públicos a prudência nos gastos públicos, devendo, em respeito ao citado art. 8º da LC n. 173/2020, abster-se de admitir/contratar pessoal, a qualquer título, até 31/12/2021, ou, pelo menos, demonstrar que as admissões/contratações ocorridas estariam acobertadas pelas ressalvas dispostas no inciso IV do mencionado dispositivo.

Todavia, observa-se no caso concreto, um elevado número de admissões/contratações pela Prefeitura de Montanha, de servidores comissionados e de designação temporária, além dos que estariam vinculados ao regime administrativo e de prestadores de serviços autônomos.

Como se infere dos autos, as contratações de pessoal realizadas pela prefeitura de Montanha se incompatibilizam com o texto constitucional.

No que diz respeito aos servidores comissionados, não restou demonstrado que as admissões/contratações decorreram de reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento, e que não acarretaram aumento de despesa.

E, ainda, em relação às designações temporárias, não há informação de que elas estariam de acordo com a natureza dos cargos, conforme exigência do inciso IX do art. 37 da CRF/1988.

[...]

Nos moldes dos pareceres em consulta supracitados, constatam-se claras ilegalidades nas admissões/contratações realizadas pela prefeitura de Montanha.

Destaca-se que, apesar da informação prestada pelo atual gestor que já teria iniciado a dispensa dos contratados temporariamente, não só os admitidos no exercício de 2021, como também de exercícios anteriores, e que com estas medidas esperava diminuir bastante o quadro de pessoal e, deste modo, pudesse enviar Projeto de Lei à Câmara Municipal para criação de uma nova Estrutura Administrativa (peça 09), as condutas ora representadas conferem possível desrespeito ao ordenamento jurídico e irresponsabilidade com os recursos públicos, sujeitando o gestor envolvido à aplicação de sanção por parte deste Tribunal.

Nesse sentido, tem-se que as exceções às vedações de práticas de atos previstas na lei referente à gestão dos serviços públicos foram previstas para dar conformidade ao princípio federativo, preservando a autonomia de gestão dos entes federados, e a conveniência administrativa dela decorrente, necessária para proverem a prestação de serviços públicos.

No entanto, **o gestor não demonstrou que as contratações se encaixavam nas exceções previstas na própria LC 173/2020, em especial, porque os comissionados não se apresentavam em reposição de cargos de chefia, de direção e de assessoramento, nem em decorrência de vacância de cargos efetivos ou vitalícios, muito menos os comissionados, sobre os quais não foi comprovado que exerciam atividades diretamente ligadas ao combate da Covid-19, conforme disposto em seu art.8º, incisos IV c/c o § 1º, [...]:**

[...]

Assim, tanto as contratações de temporários como as de comissionados realizadas por aquele município não tiveram respaldo na LC 173/2020, em vigor à época, não cabendo o acolhimento das justificativas de defesa até então apresentadas, o que requer ao gestor a aplicação de sanção por parte deste Tribunal.

(grifos nossos)

[...]

Pois bem, a Lei Complementar 173, de 27 de maio de 2020, que estabeleceu o Programa Federativo de enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19) e modificou dispositivos da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, surgiu em meio a um cenário marcado pela pandemia de Covid-19, pela declaração de calamidade pública em nível nacional e pela necessidade de os gestores públicos adotarem medidas administrativas excepcionais para lidar com as consequências dessa situação, incluindo possibilidade de recessão econômica e aumento das desigualdades.

A manutenção dos serviços essenciais e do atendimento à população demandou alterações normativas dentro do ordenamento jurídico da administração pública, o que incluiu a promulgação da referida legislação, entre outras normas. As mudanças tiveram impacto especialmente na área de pessoal, orçamentária, contábil e fiscal, devido ao grande volume de recursos disponibilizados aos entes federativos e, ao mesmo tempo, ao aumento do endividamento e à preocupação com o equilíbrio fiscal já afetado pela redução na arrecadação.

É relevante destacar que o art. 8º, da LC 173/2020 proibiu, até 31/12/2021, a concessão de aumentos para servidores públicos; a criação de cargos, empregos ou funções que acarretassem aumento de despesas; o aumento de gastos com pessoal no final do mandato dos gestores; além de prever o congelamento da contagem do tempo de serviço para fins de adicionais e a limitação da realização de concursos públicos, entre outras deliberações.

E, após a confirmação da constitucionalidade do artigo 8º da LC 173/2020 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), conforme decisão proferida no Recurso Extraordinário (RE) 1311742, com repercussão geral reconhecida (“É constitucional o

artigo 8º da Lei Complementar 173/2020, editado no âmbito do Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19)” - Tema 1137”, que ratificou a legalidade do referido dispositivo, é oportuno apresentar seu teor:

Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:

I - conceder, a qualquer título, vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a membros de Poder ou de órgão, servidores e empregados públicos e militares, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade pública;

II - criar cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa;

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

IV - admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares;

V - realizar concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV;

VI - criar ou majorar auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares, ou ainda de seus dependentes, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade;

VII - criar despesa obrigatória de caráter continuado, ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º;

VIII - adotar medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), observada a preservação do poder aquisitivo referida no inciso IV do caput do art. 7º da Constituição Federal;

IX - contar esse tempo como de período aquisitivo necessário exclusivamente para a concessão de anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio e demais mecanismos equivalentes que aumentem a despesa com pessoal em decorrência da aquisição de determinado tempo de serviço, sem qualquer prejuízo para o tempo de efetivo exercício, aposentadoria, e quaisquer outros fins.

§ 1º O disposto nos incisos II, IV, VII e VIII do caput deste artigo não se aplica a medidas de combate à calamidade pública referida no caput cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração.

§ 2º O disposto no inciso VII do caput não se aplica em caso de prévia compensação mediante aumento de receita ou redução de despesa, observado que:

I - em se tratando de despesa obrigatória de caráter continuado, assim compreendida aquela que fixe para o ente a obrigação legal de sua execução por período superior a 2 (dois) exercícios, as medidas de compensação deverão ser permanentes; e

II - não implementada a prévia compensação, a lei ou o ato será ineficaz enquanto não regularizado o vício, sem prejuízo de eventual ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º A lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual poderão conter dispositivos e autorizações que versem sobre as vedações previstas neste artigo, desde que seus efeitos somente sejam implementados após o fim do prazo fixado, sendo vedada qualquer cláusula de retroatividade.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica ao direito de opção assegurado na Lei nº 13.681, de 18 de junho de 2018, bem como aos respectivos atos de transposição e de enquadramento.

§ 5º O disposto no inciso VI do caput deste artigo não se aplica aos profissionais de saúde e de assistência social, desde que relacionado a medidas de combate à calamidade pública referida no caput cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração.

§ 6º (VETADO).

§ 7º O disposto nos incisos IV e V do caput deste artigo não se aplica aos cargos de direção e funções previstos nas Leis nos 13.634, de 20 de março de 2018, 13.635, de 20 de março de 2018, 13.637, de 20 de março de 2018, 13.651, de 11 de abril de 2018, e 13.856, de 8 de julho de 2019, e ao quadro permanente de que trata a Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011.

§ 8º O disposto no inciso IX do caput deste artigo não se aplica aos servidores públicos civis e militares da área de saúde e da segurança pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que:

I - para os servidores especificados neste parágrafo, os entes federados ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de realizar o pagamento de novos blocos aquisitivos, cujos períodos tenham sido completados durante o tempo previsto no caput deste artigo, de anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio e demais mecanismos equivalentes que aumentem a despesa com pessoal em decorrência da aquisição de determinado tempo de serviço; (Incluído pela Lei Complementar nº 191, de 2022)

II - os novos blocos aquisitivos dos direitos especificados no inciso I deste parágrafo não geram direito ao pagamento de atrasados, no período especificado;

III - não haverá prejuízo no cômputo do período aquisitivo dos direitos previstos no inciso I deste parágrafo;

IV - o pagamento a que se refere o inciso I deste parágrafo retornará em 1º de janeiro de 2022.

É importante ressaltar que a vedação de aumento nas despesas de pessoal alcança qualquer medida legislativa que resulte em acréscimo de despesas dessa natureza, desde a promulgação da LC 173/2020 (28/05/2020) até 31/12/2021, o que engloba as admissões e contratações ocorridas no período de janeiro a março de 2021 na prefeitura de Montanha.

Frisa-se que o inciso IV, do art. 8º, da LC 173/2020 proíbe a admissão ou contratação de pessoal, todavia ressalva as seguintes hipóteses: reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, contratações temporárias de que trata o [inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal](#), contratações de temporários para prestação de serviço militar e contratações de alunos de órgãos de formação de militares.

Nestas ressalvas que se baseiam as justificativas apresentadas pela defesa. Porém, após constatação realizada pela área técnica e análise dos autos por este relator, observa-se que o responsável não apresentou justificativas ou provas de que as admissões e contratações realizadas se enquadravam nas exceções previstas na lei complementar.

No que diz respeito às admissões de servidores comissionados, não ficou comprovado que decorreram da reposição de cargos de chefia, direção e assessoramento, nos termos do art. 37, V, da CF/88³, nem que não acarretaram aumento de despesa.

Nesse contexto, é importante mencionar os posicionamentos consolidados desta Corte de Contas em seus pareceres em consulta. Por exemplo, o **Parecer em Consulta 42/2021** aborda casos de readaptação de servidores e a inexistência de cargos vagos no município. No parecer, destaca-se a necessidade de vacância do cargo de origem e o preenchimento por novo servidor, especialmente durante o

³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#) [...] V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#) [...]

período compreendido entre 28/05/2020 e 31/12/2021, ou nos 180 dias anteriores ao final do mandato.

Parecer em Consulta 00042/2021-8

Enunciado: 1. A readaptação é aplicável a todos os entes da Administração Pública de todos os níveis federativos, sendo forma de provimento e de vacância de cargo efetivo, na qual o servidor que sofreu limitações em sua capacidade física ou mental deixa vago o cargo de origem e é provido no cargo de destino compatível com sua nova condição para o qual possua habilitação e nível de escolaridade, mantida a remuneração do cargo de origem, mas não as gratificações inerentes à natureza do trabalho no cargo de origem, a luz do art. 37, §13 da Constituição Federal; 2. O cargo de origem vago poderá ser provido por novo servidor público efetivo, devidamente aprovado em concurso público para o cargo; 3. O servidor readaptado exercerá suas novas atividades em outro cargo da estrutura administrativa já existente ou criado após sua readaptação, hipótese em que devem ser observadas todas as regras financeiras, orçamentárias e administrativas relativas à criação de cargos na Administração Pública. O registro na ficha funcional e na folha de pagamento devem demonstrar o novo cargo ocupado pelo servidor readaptado; 4. O aproveitamento do servidor a ser readaptado não é de caráter obrigatório para poder ou órgão a que este não esteja vinculado, ressalvada previsão legal expressa; 5. Se não houver cargo vago em que o servidor possa ser provido, ele exercerá suas novas atribuições como excedente, desde que haja previsão em lei local. O registro na ficha funcional e na folha de pagamento devem demonstrar a situação de excedente em decorrência de readaptação; 6. Havendo previsão de servidor excedente em lei local, não se afasta possível incidente de inconstitucionalidade sobre o tema a ser enfrentado em sede de eventual controle difuso no âmbito deste tribunal, bem como podem ocorrer questionamentos quanto à norma em tese, em abstrato, o que foge da competência dos tribunais de contas; 7. **No período compreendido entre 28/05/2020 e 31/12/2021, está autorizado o provimento do cargo de origem por novo servidor, na forma do art. 8º, IV, LC 173/2020;** 8. **No período compreendido entre 28/05/2020 e 31/12/2021, está autorizado o provimento de cargo já existente e já provido anteriormente na estrutura administrativa pelo servidor readaptado, na forma do art. 8º, IV, LC 173/2020, desde que não resulte aumento da despesa com pessoal nos moldes do art. 21, IV da LRF, bem como o exercício das atividades devem ser compatíveis com a limitação como excedente, quando houver previsão em lei local.** 9. **No período compreendido entre 28/05/2020 e 31/12/2021, não está autorizada a criação de cargo novo e seu provimento, na forma do art. 8º, II e §1º, LC 173/2020;** 10. **Nos 180 dias anteriores ao final de mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20, da LRF, é vedada a nomeação de novo servidor para provimento do cargo de origem do servidor readaptado, sob pena de nulidade, conforme art. 21, II, III e IV, LRF;** 11. **Nos 180 dias anteriores ao final de mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20, da LRF, está autorizado o provimento do servidor readaptado em cargo já existente na estrutura administrativa compatível com suas limitações, bem como o exercício das atividades compatíveis com a nova condição como excedente, mantida a remuneração do cargo de origem em ambos os casos, por não implicar aumento de despesa;** 12. **Nos 180 dias anteriores ao final de mandato do titular do Poder Executivo, não poderá, se ocorrer efetivo aumento de despesa, ser criado novo cargo**

na estrutura da Administração Pública para prover com o servidor readaptado, sob pena de nulidade, na forma do art. 21, IV, LRF.

Versa o presente feito sobre Consulta formulada pelo senhor (...), Prefeito Municipal de Afonso Cláudio, com a qual apresentou a este Tribunal de Contas a seguinte indagação:

“[...] Considerando a Vacância dos cargos públicos através da Lei Municipal nº 1.886/2010 e da Lei Federal nº 8.112/90, tendo o Município convocado os concursados do cadastro de reserva e tendo os mesmos já tomado posse, consulta-se a este Egrégio Tribunal como o Município de Afonso Cláudio deverá proceder perante esta Corte de Contas para enquadrar os professores readaptados em cargo de semelhantes atribuições, uma vez que não existe mais cargos vagos no Município.

Quais seriam os meios legais de que dispõe o atual Prefeito para adequar a folha de pagamento do Município, no intuito de que os novos servidores convocados e empossados, bem como os servidores readaptados não sejam prejudicados [...]”

(...) 1.2. RESPONDER, quanto ao mérito, assim ao quesito da consulta:

1.2.1. A readaptação é aplicável a todos os entes da Administração Pública de todos os níveis federativos, sendo forma de provimento e de vacância de cargo efetivo, na qual o servidor que sofreu limitações em sua capacidade física ou mental deixa vago o cargo de origem e é provido no cargo de destino compatível com sua nova condição para o qual possua habilitação e nível de escolaridade, mantida a remuneração do cargo de origem, mas não as gratificações inerentes à natureza do trabalho no cargo de origem, a luz do art. 37, §13 da Constituição Federal;

1.2.2. O cargo de origem vago poderá ser provido por novo servidor público efetivo, devidamente aprovado em concurso público para o cargo;

1.2.3. O servidor readaptado exercerá suas novas atividades em outro cargo da estrutura administrativa já existente ou criado após sua readaptação, hipótese em que devem ser observadas todas as regras financeiras, orçamentárias e administrativas relativas à criação de cargos na Administração Pública. O registro na ficha funcional e na folha de pagamento devem demonstrar o novo cargo ocupado pelo servidor readaptado;

1.2.4. O aproveitamento do servidor a ser readaptado não é de caráter obrigatório para poder ou órgão a que este não esteja vinculado, ressalvada previsão legal expressa;

1.2.5. Se não houver cargo vago em que o servidor possa ser provido, ele exercerá suas novas atribuições como excedente, desde que haja previsão em lei local. O registro na ficha funcional e na folha de pagamento devem demonstrar a situação de excedente em decorrência de readaptação;

1.2.6. Havendo previsão de servidor excedente em lei local, não se afasta possível incidente de inconstitucionalidade sobre o tema a ser enfrentado em sede de eventual controle difuso no âmbito deste tribunal, bem como podem ocorrer questionamentos quanto à norma em tese, em abstrato, o que foge da competência dos tribunais de contas;

1.2.7. No período compreendido entre 28/05/2020 e 31/12/2021, está autorizado o provimento do cargo de origem por novo servidor, na forma do art. 8º, IV, LC 173/2020;

1.2.8. No período compreendido entre 28/05/2020 e 31/12/2021, está autorizado o provimento de cargo já existente e já provido anteriormente na

estrutura administrativa pelo servidor readaptado, na forma do art. 8º, IV, LC 173/2020, desde que não resulte aumento da despesa com pessoal nos moldes do art. 21, IV da LRF, bem como o exercício das atividades devem ser compatíveis com a limitação como excedente, quando houver previsão em lei local.

1.2.9. No período compreendido entre 28/05/2020 e 31/12/2021, não está autorizada a criação de cargo novo e seu provimento, na forma do art. 8º, II e §1º, LC 173/2020;

1.2.10. Nos 180 dias anteriores ao final de mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20, da LRF, é vedada a nomeação de novo servidor para provimento do cargo de origem do servidor readaptado, sob pena de nulidade, conforme art. 21, II, III e IV, LRF;

1.2.11. Nos 180 dias anteriores ao final de mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20, da LRF, está autorizado o provimento do servidor readaptado em cargo já existente na estrutura administrativa compatível com suas limitações, bem como o exercício das atividades compatíveis com a nova condição como excedente, mantida a remuneração do cargo de origem em ambos os casos, por não implicar aumento de despesa;

1.2.12. Nos 180 dias anteriores ao final de mandato do titular do Poder Executivo, não poderá, se ocorrer efetivo aumento de despesa, ser criado novo cargo na estrutura da Administração Pública para prover com o servidor readaptado, sob pena de nulidade, na forma do art. 21, IV, LRF.

(g.n)

(TCE-ES. Controle Externo > Consulta. Parecer em Consulta 00042/2021-8. Processo 00626/2021-1. Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo. Órgão Julgador: Ordinária/Plenário. Data da sessão: 25/11/2021, Data da Publicação no DO-TCES: 06/12/2021).

O **Parecer em Consulta 38/2021** abordou questões relacionadas ao preenchimento de cargos vagos em 2021, bem como à nomeação e exoneração de servidores comissionados por meio de lei anterior à LC 173/2020. O parecer se direcionou ao conteúdo do Parecer em Consulta 10/2021, o qual forneceu orientações sobre esses temas específicos:

Parecer em Consulta 00038/2021-1

Trata-se de consulta formulada pelo sr. (...), Prefeito Municipal de Nova Venécia, solicitando resposta para as seguintes indagações:

a) Considerando o cumprimento da Lei nº 173/2020 de 27 de maio de 2020, a administração pública, poderá preencher em 2021 cargos que estavam vagos em 2020 desde que não aumente o gasto com pessoal em sua totalidade?

b) A administração pública poderá nomear e exonerar servidores referentes a lei de estrutura administrativa (cargos comissionados) aprovada anterior a Lei nº 173/2020 de 27 de maio de 2020 de em um somatório de despesas com pessoal ligado a referida Lei gere economia ao Município? (sic)

c) Levando em consideração o disposto na Lei nº 173/2020, o conceito de aumento de despesa seria aumento do valor absoluto (nominal), exemplo: de R\$ 1.000.000,00 para R\$ 1.050.000,00 ou em percentual que em 2019 sendo de 50,00% da RCL em 2020 50,50% em relação à RCL?

(...) 2.2 Do mérito da consulta

Dessa maneira, corroboro na íntegra o posicionamento da área técnica e do Ministério Público de Contas acima exposto e complemento que os questionamentos devem ser acompanhados, além do parecer em consulta n. 17/2020, dos pareceres mais recentes sobre o tema, quais sejam: pareceres em consulta ns. 3/2021, 9/2021, 10/2021 e 14/2021.

(...) VISTOS, relatados e discutidos estes autos, RESOLVEM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Plenária ante as razões expostas no voto do relator, em:

(...) 1.2. ENCAMINHAR ao consulente os pareceres em consulta vigentes no TCEES, da seguinte forma:

1.2.1. Parecer em Consulta n. 10/2021 para o questionamento: “Considerando o cumprimento da Lei nº 173/2020 de 27 de maio de 2020, a administração pública, poderá preencher em 2021 cargos que estavam vagos em 2020 desde que não aumente o gasto com pessoal em sua totalidade?”

1.2.2. Parecer em Consulta n. 10/2021 para o questionamento: “A administração pública poderá nomear e exonerar servidores referentes a lei de estrutura administrativa (cargos comissionados) aprovada anterior a Lei nº 173/2020 de 27 de maio de 2020 dez de em um somatório de despesas com pessoal ligado a referida Lei gere economia ao Município?” (sic)

1.2.3. Pareceres em Consulta ns. 3/2021, 9/2021 e 14/2021 para o questionamento: “Levando em consideração o disposto na Lei nº 173/2020, o conceito de aumento de despesa seria aumento do valor absoluto (nominal), exemplo: de R\$ 1.000.000,00 para R\$ 1.050.000,00 ou em percentual que em 2019 sendo de 50,00% da RCL em 2020 50,50% em relação à RCL?”

(TCE-ES. Controle Externo > Consulta. Parecer em Consulta 00038/2021-1. Processo 00341/2021-7. Relator: Marco Antônio da Silva. Órgão Julgador: Ordinária/Plenário. Data da sessão: 18/11/2021, Data da Publicação no DO-TCES: 29/11/2021).

O **Parecer em Consulta 16/2021** abordou, entre outras questões, a possibilidade de realizar contratação temporária para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, de servidor para desenvolver atividades do cedido no órgão de origem, ressaltando a exigência de qualificação especial para atuar em atividades de combate à calamidade pública decorrente da pandemia de coronavírus:

Parecer em Consulta 00016/2021-5

Enunciado: 1. Não é possível proceder à cessão de servidor público e realizar a contratação de outro servidor por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público para desenvolver as mesmas atividades do cedido, por não se enquadrar na hipótese art. 37, IX, CF. 2. **Excepcionalmente, durante a vigência do estado de**

calamidade pública tratado na Lei Complementar 173/2020, é possível a cessão de servidor que possua qualificações especiais para, no exercício específico das referidas qualificações, atuar em atividades de combate à calamidade pública decorrente da pandemia de coronavírus e a contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público de servidor para desenvolver as atividades do cedido no órgão de origem, para as quais não se exige as qualificações especiais do servidor cedido, mesmo que a cessão ocorra com ônus financeiro para o cedente e que seja necessária a criação de cargo para o contratado.

Trata-se de Consulta, formulada pelo Sr. (...), solicitando respostas aos seguintes questionamentos:

1. Cientes que a cessão não configura hipótese de vacância de cargo para fins de provimento, é possível ceder servidor a outro órgão e contratar em substituição, pelo tempo de vigência da cessão, no caso de existência de outra vaga disponível no quadro de pessoal?

2. Considerando ainda, que o ônus pelo pagamento da remuneração do servidor cedido será do órgão cessionário, é possível realizar contratação em substituição, em outra vaga disponível no quadro de pessoal, mesmo na vigência da LC 173/2020?

(...) 2.2 – MÉRITO

(...) Vistos, relatados e discutidos estes autos, RESOLVEM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

(...) 1.2. RESPONDER à consulta, no mérito, nos seguintes termos:

1.2.1. Não é possível proceder à cessão de servidor público e realizar a contratação de outro servidor por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público para desenvolver as mesmas atividades do cedido, mesmo que o contrato dure apenas tempo de vigência de cessão, o ônus financeiro da cessão seja do cessionário e que o servidor contratado ocupe outra vaga disponível no quadro de pessoal (e não a vaga do cedido).

1.2.2. Durante a vigência do estado de calamidade pública tratado na Lei Complementar 173/2020, é possível realizar contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público quando estiverem presentes os requisitos do art. 37, IX, CF, nos quais não se enquadram as reposições e substituições de trabalho prestado por servidor efetivo cedido.

1.2.3. Excepcionalmente, será possível, durante a vigência do estado de calamidade pública tratado na Lei Complementar 173/2020, a cessão de servidor que possua qualificações especiais para, no exercício específico das referidas qualificações, atuar em atividades de combate à calamidade pública decorrente da pandemia de coronavírus e a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público de servidor para desenvolver as atividades do cedido no órgão de origem, para as quais não se exige as qualificações especiais do servidor cedido, mesmo que a cessão ocorra com ônus financeiro para o cedente e que seja necessária a criação de cargo para o contratado.

(TCE-ES. Controle Externo > Consulta. Parecer em Consulta 00016/2021-5. Processo 01529/2021-3. Relator: Domingos Augusto Taufner. Órgão

Julgador: Ordinária/Plenário. Data da sessão: 10/06/2021, Data da Publicação no DO-TCES: 21/06/2021).

O **Parecer em Consulta 10/2021** discorreu mais detalhadamente a respeito da condução de concursos públicos em andamento, do preenchimento de cargos e das exceções previstas na LC 173/2020:

[Covid-19. Admissão de pessoal. Concurso público. Reposição de cargo. Vacância do cargo. Transformação]

Parecer em Consulta 00010/2021-8

PARECER EM CONSULTA TC-10/2021 – PLENÁRIO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, RESOLVEM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1.1. CONHECER da presente consulta, e, quanto ao MÉRITO, respondê-la nos seguintes termos:

1.1.1. É possível a manutenção de concursos públicos que estão em andamento, com taxa de inscrição recolhida, mas que ainda não foram homologados?

Resposta: Sim. Não há qualquer vedação na LC 173/2020 ao prosseguimento de concursos públicos já deflagrados, porém ainda não homologados; apenas limita-se a realização, ou seja, a abertura de novos concursos a partir da vigência daquela norma até 31/12/2021, ao preenchimento de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios

1.1.2. Sendo possível a manutenção, as convocações e nomeações poderão ocorrer normalmente? Em caso de limitação das nomeações, poderão ocorrer se não houver impacto econômico-financeiro?

Resposta: As admissões dos aprovados nos concursos públicos, seja concurso já em andamento ou novo concurso, até 31/12/2021, estão adstritas às situações de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios. O impacto econômico-financeiro, resultante do aumento de despesa, condiciona a admissão de pessoal APENAS para reposições de cargos de chefia, direção e assessoramento, ou seja, cargos em comissão. Desta feita, as nomeações decorrentes de aprovação em concurso público só podem ser realizadas para preencher cargos desocupados (por aposentadoria, falecimento, demissão, entre outras hipóteses de vacância legalmente previstas), como já dito, ainda que representem aumento de despesa.

1.1.3. Entendendo pela impossibilidade de manutenção, o concurso deverá (poderá) ser suspenso até 31/12/2021 ou deverá cancelado?

Resposta: Conforme esclarecido na letra a, não há impossibilidade de manutenção de concursos já em andamento em razão da LC 173/2020. Entretanto, a nomeação dos aprovados estará condicionada à comprovação de que se refere ao preenchimento de vacância, nos termos já consignados na letra b.

1.1.4. No caso de suspensão do concurso até 31/12/2021, o Município necessita editar lei ordinária autorizando a suspensão ou basta ato normativo do Poder Executivo?

Resposta: O artigo 10, da LC 173/2020, não trata da suspensão de concursos públicos em andamento, mas da suspensão do prazo de validade de concursos públicos já homologados. E, ainda assim, apenas no âmbito da União, tendo em vista o veto presidencial ao parágrafo primeiro.

Nada impede, todavia, que o Poder Executivo de qualquer dos entes federativos determine a suspensão de concursos públicos em andamento em razão da pandemia do SARSCOV2, diante das restrições e dificuldades impostas pela situação de calamidade pública. Nesse caso, embora não necessite de lei ordinária, vez que não requer autorização do Poder Legislativo, por envolver matéria de mérito administrativo, o ato de suspensão deve estar devidamente motivado, para fins de atender aos princípios da boa-fé, razoabilidade, publicidade e segurança jurídica.

1.1.5. No caso de cancelamento do concurso, as taxas de inscrição deverão ser devolvidas?

Resposta: Sim. Ainda que não haja previsão editalícia, as taxas de inscrição recolhidas para a participação em concurso público posteriormente cancelado devem ser devolvidas aos candidatos, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública.

1.1.6. No caso de suspensão, poderá ser oportunizado aos inscritos a solicitação de devolução da taxa de inscrição?

Resposta: A partir do entendimento de que a situação de calamidade pública decorrente da Covid-19 é circunstância alheia à vontade tanto da Administração Pública (caso fortuito) quanto do candidato participante, respondemos à pergunta formulada neste item no sentido de que se a oportunidade aos inscritos de solicitar a devolução da taxa de inscrição no caso de suspensão de concurso público em razão da pandemia do SARSCOV2 redundar em prejuízo para a Administração, ou comprometer a realização a posteriori do certame, a recuperação desse valor, em função do desinteresse em permanecer na disputa, deverá ficar a cargo de cada candidato, pelas vias cabíveis, a partir da demonstração de que a alteração das condições inicialmente pactuadas no edital atingiu a sua esfera de direitos individual.

1.1.7. Na hipótese da realização do concurso público não causar impacto financeiro negativo ou aumento de despesa ao Município, seria possível sua realização, independentemente das restrições impostas pela Lei Complementar nº 173/2020?

Resposta: A realização de concurso público não está condicionada, pela LC 173/2020, à "verificação de impacto financeiro negativo ou aumento de despesa" para o ente federativo. A *conditio sine qua non* para a realização de certame, em princípio, vedada até 31/12/2021, é a reposição de vacâncias, nos termos dos incisos IV e V, do artigo 8º da norma, como já esclarecido nas letras a e b. Portanto, desde que deflagrado para preencher vagas já existentes na estrutura organizacional da Administração, é possível a realização de concurso público sem qualquer outra restrição da LC173/2020.

1.1.8. Em relação ao art. 8º, V, da Lei Complementar nº 173/2020, qual é a extensão do termo "vacâncias" que permite a realização de concurso público

para reposições? Serão consideradas as vacâncias que acontecerem durante o período de proibição (28/05/2020 a 31/12/2021) ou as vacâncias anteriores ao período de vigência da proibição?

Resposta: O art. 8, V, da Lei Complementar n 173/3020, ao referir-se ao termo vacância, dirige-se aos cargos criados por lei que não estejam providos.

Quanto ao momento do surgimento da vaga, a LC 173/2020 não estabeleceu o lapso temporal no qual deveriam ocorrer as vacâncias. Nesse sentido, considerando o seu teor restritivo, a referida norma não deve comportar interpretação extensiva, com a imposição de condicionantes não previstas no texto legal. Assim, as vacâncias podem ter ocorrido antes ou vir a ocorrer durante a vigência da LC 173/2020.

1.1.9. Para que seja possível a realização de concurso público para "reposição", é necessário que o cargo já tenha sido preenchido e se encontre vago ou cargos nunca preenchidos também permitem a realização do concurso?

Resposta: **As exceções às vedações de práticas de atos previstas na lei referente à gestão dos serviços públicos foram previstas para dar conformidade ao princípio federativo, preservando a autonomia de gestão dos entes federados, e a conveniência administrativa dela decorrente, necessária para proverem a prestação de serviços públicos.**

A interpretação, não só do disposto no inciso IV do artigo 8º da LC 173/20, mas dos demais incisos do referido artigo, deve ter como norte o referido princípio. Não se trata de invocação genérica deste, para afastar o texto expresso da lei, mas sim da necessidade de conferir a este coerência quando analisado no sistema normativo em que inserido.

A interpretação a *contrario sensu* do inciso II do artigo 8º da LC 173/20 admite a criação de cargos, emprego ou função desde que não implique aumento de despesa.

O inciso IV e o inciso V, por sua vez, admitem a nomeação em cargo efetivo e vitalício e a realização de concurso público somente para reposição de vacâncias.

Mas a lei não veda a possibilidade de criação de cargo público efetivo, o que pode ser feito sem aumento de despesa, por meio do ato de transformação, que "se dá pela extinção do cargo anterior e criação do novo". Ao originar um novo cargo efetivo, como consequência, o seu primeiro provimento não é decorrente de vacância, não estando essa hipótese contemplada no rol do artigo 60 da Lei Complementar Estadual 46/94.

Portanto, a interpretação literal leva a contradições e retira a eficácia da norma. Apesar de não haver vedação para criação de cargo efetivo que não aumente despesa, o ente da Federação estará impedido de provê-lo na hipótese de aplicar a literalidade do disposto nos incisos IV e V, que admitem a contratação e realização de concurso somente para "reposição decorrente de vacâncias".

(g.n.)

(TCE-ES. Controle Externo > Consulta. Parecer em Consulta 00010/2021-8. Processo 05408/2020-8. Relator: Sérgio Manoel Nader Borges. Órgão Julgador: Ordinária/Plenário. Data da sessão: 06/05/2021, Data da Publicação no DO-TCES: 17/05/2021).

Outrossim, este Tribunal, ao deliberar por meio do Acórdão 791/2022 sobre a inconstitucionalidade de leis municipais que criaram cargos, alteraram a remuneração de servidores e admitiram pessoal em período vedado pelo art. 8º, I, II e IV, da LC 173/2020, determinou que, para cumprir os requisitos da legislação federal sem infringir suas proibições, ao propor a criação dos referidos cargos, considerados de urgência e relevância para o município, caberia ao prefeito, no mesmo ato, propor a extinção de outros cargos capazes de compensar o aumento nominal da despesa resultante dos cargos criados:

Acórdão 00791/2022-9

Cuidam os autos de Representação, com pedido de medida cautelar, apresentada nesta Corte de Contas em face da Prefeitura Municipal de São José do Calçado, suscitando possíveis irregularidades/ilegalidades na edição de Leis Municipais que criaram cargos, alteraram a remuneração de servidores e admitiram pessoal em período vedado pelo art. 8º, incisos I, II e IV, da Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020.

(...)

1) Inconstitucionalidade das Leis Complementares municipais nº 001, 002, 004, 005, 009 e 012 e da Lei ordinária nº 2.204, todas de 2021.

(...), a inicial dá conta de que teria ocorrido a criação de 11 (onze) cargos de provimento em comissão na estrutura administrativa da Prefeitura de São José do Calçado:

(...) Em suas informações, o gestor alega que a finalidade precípua da LC 173/2020 é evitar o aumento da despesa com pessoal, não significando, contudo, aumento nominal da despesa, mas aumento percentual global, apurado a cada quadrimestre, nos termos preceituados pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Porém, não assiste razão à alegação do gestor. O art. 8º da Lei Complementar nº 173/2020 não traz qualquer limitação temporal acerca do cumprimento dos seus preceitos, não sendo razoável aguardar o ciclo de análise quadrimestral ou semestral dos limites da LRF para se verificar que os atos emitidos resultaram ou não em aumento de despesa com pessoal, especialmente se considerarmos os motivos que levaram à edição da norma federal e o quadro pandêmico existente à época.

Nesse sentido, para atender aos ditames da lei federal sem burla às suas vedações, ao propor a criação dos referidos cargos, de urgência e relevância para o Município, caberia ao Chefe do Poder Executivo municipal, no mesmo ato, propor a extinção de outros, menos relevantes na ocasião, capazes de compensar o acréscimo nominal da despesa resultante dos cargos criados, o que não foi observado no caso sob exame.

Inegável, portanto, que as Leis Complementares nº 001, 002, 004, 005, 009 e 012, todas de 2021, que autorizaram a criação de 11 cargos de provimento em comissão na estrutura administrativa da Prefeitura Municipal de São José do Calçado, e o respectivo provimento desses cargos, violaram frontalmente os incisos II e IV do art. 8º da Lei Complementar nº 173/2020.

(g.n)

(TCE-ES. Controle Externo > Fiscalização > Representação. Acórdão 00791/2022-9. Processo 04419/2021-2. Relator: Rodrigo Coelho do Carmo. Órgão Julgador: Ordinária/Plenário. Data da sessão: 28/06/2022, Data da Publicação no DO-TCES: 11/07/2022).

Portanto, o que se esperaria do Prefeito de Montanha é que agisse com prudência nos gastos públicos, seguindo as disposições do art. 8º da LC n. 173/2020 ao evitar a criação de cargos comissionados e despesas obrigatórias de caráter continuado, que não se enquadrasse nas ressalvas legais até 31 de dezembro de 2021.

Nota-se que também não houve comprovação de que, concomitante às novas contratações, teria ocorrido a extinção de outros cargos de forma a demonstrar que não houve elevação das despesas com pessoal.

O responsável não conseguiu demonstrar de forma satisfatória que as admissões e contratações estavam em conformidade com as exceções legalmente previstas, a despeito de ter argumentado que iniciou esforços para regularizar a situação e que está providenciando uma nova estrutura administrativa, incluindo um plano de cargos e salários. Ademais, a comprovação efetiva não foi apresentada.

Diante do exposto, é evidente que o Prefeito de Montanha deveria ter agido com responsabilidade e observado as restrições impostas pela LC n. 173/2020 ao criar cargos e realizar admissões de pessoal. Sua conduta, ao não demonstrar de forma satisfatória que as contratações se enquadravam nas exceções previstas na legislação, merece reprovação, eis que age frontalmente quanto à legalidade e à prudência na gestão dos recursos públicos.

Quanto às designações temporárias, também não há informações que comprovem que atenderam ao disposto no art. 37, IX, da Constituição Federal de 1988⁴:

⁴ Art. 37. [...] IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; [\(Vide Emenda constitucional nº 106, de 2020\)](#) [...]

Para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é necessário que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração, conforme estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Tema 612, de repercussão geral⁵.

Tomando estas considerações como parâmetro de verificação, tem-se que não há comprovação do preenchimento dos requisitos para designações temporárias nas justificativas apresentadas pelo defendente, que, apenas de forma genérica, argumento que os contratados “desempenham apenas funções temporárias para atendimento da necessidade temporária de excepcional interesse público, e naquele momento da PANDEMIA eram necessárias essas contratações.”

É crucial que os gestores públicos ajam com diligência e transparência, especialmente em tempos de crise como a pandemia de Covid-19, garantindo que cada decisão tomada esteja em conformidade com a lei e com o interesse público. Portanto, cabe a este Tribunal de Contas a análise minuciosa do caso e a aplicação das medidas cabíveis para assegurar a regularidade e a lisura na administração municipal.

Julgo correto, portanto, o endereçamento da irregularidade listada no item 2.1 da ITI pela área técnica. **Acompanho o entendimento técnico e ministerial e mantenho a irregularidade.**

II.3 RESPONSABILIZAÇÃO E APLICAÇÃO DE MULTA

No que diz respeito à condenação do Senhor André dos Santos Sampaio (Prefeito Municipal) ao pagamento de multa individual, na forma do artigo 135, inciso II da LC

⁵ Tese: os termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração. (Leading Case: [RE 658026](#))

621/2012, em razão do cometimento da infração apresentada, reconheço a irregularidade da conduta, e, acompanho a proposta de sugerida de encaminhamento, pelos seguintes fundamentos.

Como se sabe, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), regulamentada pelo Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, foi objeto de alterações introduzidas pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, dentre elas a inclusão dos artigos 22 e 28, os quais reproduzo:

“Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. “(grifos nossos)

O dispositivo acima transcrito (art. 28) passou a condicionar a responsabilização pessoal do agente público à prática de ato doloso ou de ato contaminado por erro grosseiro, restringindo, com isso, as hipóteses de responsabilização de agentes públicos por atuação culposa. Muito embora o projeto de lei tenha tentado explicitar o significado da expressão “erro grosseiro”, sugerindo sua definição no §1º do art. 28, tal dispositivo foi vetado, restando, em um primeiro momento, ao aplicador do Direito (no âmbito da doutrina e da jurisprudência) a tarefa de interpretar esse conceito que carrega conteúdo jurídico indeterminado.

A respeito da definição do conceito jurídico indeterminado “erro grosseiro”, nesse sentido, é a lição do auditor do Tribunal de Contas da União, Odilon Cavallari:

“Portanto, a título de conclusão, o erro grosseiro a que se refere o art. 28 da LINDB, ainda que se entenda como culpa grave ou como erro inescusável, é

aquele que não seria cometido pelo homem médio se estivesse nas mesmas circunstâncias do agente público cuja conduta está sob julgamento.

A contrario sensu, o erro escusável é aquele que o homem médio também cometeria, pois, consoante se demonstrou anteriormente, o homem médio não é um ser sobrenatural que não erra. Ao contrário, nos termos da robusta doutrina e da remansosa jurisprudência, o homem médio é aquele que representa a conduta ordinária, comum, usual, diligente, mas que, eventualmente, comete erros de menor importância, razão pela qual são considerados escusáveis, desculpáveis.”⁶

Em artigo esclarecedor publicado na revista da Controladoria Geral da União, os professores Juliana Bonacorsi de Palma e André Rosilho demonstram a constitucionalidade do direito ao erro do administrador público.⁷ Nessa mesma linha, lecionam Gustavo Binenbojm e André Cyrino, ambos professores de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro:

“Será erro grosseiro, e g., a aplicação de norma jurídica revogada, ou a decisão (e/ou opinião) que ignore a ocorrência de uma prescrição, a despeito de as informações pertinentes constarem do processo administrativo. Também será grosseiro o erro que aplique a legislação municipal para fins de um licenciamento federal.

Importante frisar que o erro grosseiro, para fins de responsabilização, não afasta a ocorrência de culpa. Na verdade, **estão abrangidas na ideia de erro grosseiro as noções de imprudência, negligência e imperícia, quando efetivamente graves - ou gravíssimas.** Afinal, o erro passível de ensejar responsabilidade, e assim também ocorre com o Direito Penal" e com o Direito Civil," como regra, pressupõe elemento subjetivo (culpa ou dolo). Isto é: da mesma forma que a responsabilização (civil ou penal) do médico que se enganou pressupõe um juízo sobre a intenção do agente, o erro do art. 28 depende de um juízo de culpabilidade.”⁸

É importante registrar que, para tal verificação, deve-se comparar a atuação do gestor do caso concreto com a do gestor-médio, inserindo-o em iguais circunstâncias em que aquele.

Felizmente, diante do grande debate doutrinário e jurisprudencial que se estabeleceu após a “reforma da LINDB”, sobreveio a promulgação do [Decreto Nº 9.830, de 10 de junho de 2019](#), que teve a finalidade elucidar o conceito dos termos introduzidos pela

⁶ CAVALLARI, ODILON. **O que é o erro grosseiro da LINDB?** Disponível: <https://antcbrasil.org.br/comunicacao/artigos/847-artigo-o-que-e-o-erro-grosseiro-da-lindb-por-odilon-cavallari>. Acesso: 09 fev. 2024.

⁷ DE PALMA, Juliana Bonacorsi; ROSILHO, André. Constitucionalidade do Direito ao Erro do Gestor Público do art. 28 da Nova LINDB. **Revista da CGU**, v. 13, n. 23, p. 45-54, 2021. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/386. Acesso: 09 fev. 2024.

⁸ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77655>. Acesso: 09 fev. 2024.

inovação legislativa, além de conferir melhor interpretação prática dos artigos 20 a 30 da LINDB pelos operadores do direito.

Destaco, para os efeitos do presente caso, os seguintes artigos do decreto regulamentar:

“Interpretação de normas sobre gestão pública

Art. 8º Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos, **as dificuldades reais do agente público** e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

[...]

RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§ 8º O disposto neste artigo **não exige o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.” (grifos nossos)**

Ao consultar a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, verifiquei que no [Acórdão 2635/2022 - Plenário](#) o Ministro Vital do Rêgo comenta a inovação legislativa do Decreto Regulamentar e a evolução do entendimento da Corte de Contas Federal:

"[...] Assim, ao regulamentar o art. 24 da Lei 13.655/2018, o Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, definiu o erro grosseiro como **"aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia"** (art. 12, §1º) .

No Mais, o supracitado Decreto destacou em seu art. 12, § 2º que: "Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilidade, situação ou circunstâncias fáticas capazes de caracterizar o dolo ou erro grosseiro".

É importante trazer informa que nessa mesma linha de raciocínio, a jurisprudência desse colendo Tribunal de Contas da União impõe para o exercício do poder sancionatório e responsabilização a existência de erro grosseiro, perceptível por pessoa com diligência abaixo do normal ou que poderia ser evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, decorrente de grave inobservância do dever de cuidado (**Acórdão TCU nº 2391 - Plenário, BENJAMIN ZYMLER**).

Com tudo, **para imputar responsabilidade ao agente público é fundamental a demonstração inequívoca de existência de comportamento ilícito, a comprovação do DOLO OU DA CULPA GRAVE**, veredas por onde sem sombra de dúvidas o embargante não caminhou. [...]" (**grifos nossos**)⁹

Em outro acórdão ([Acórdão 2012/2022 - Segunda Câmara](#)), o Ministro Antônio Anastasia faz um apanhado geral dos acórdãos nos quais o Ministro Benjamin Zymler aplica o conceito de erro grosseiro:

Não obstante, verifico que o próprio Ministro Benjamin Zymler parece estar caminhando para retomar o seu entendimento original de erro grosseiro, como aquele praticado por gestor com padrão médio de diligência (v.g., Acórdãos 10.679/2021-TCU-1ª Câmara, 2.592/2021-TCU-Plenário, 2.954/2021-TCU-Plenário). No mesmo sentido, Sua Excelência o Ministro Bruno Dantas, no Acórdão 2.599/2021-TCU-Plenário e o Exmo. Ministro Augusto Nardes, no Acórdão 1.264/2019-TCUPlenário):

"13. Além do mais, as falhas apuradas no caso concreto consistem em erros grosseiros, que poderiam ser verificados por qualquer gestor com padrão médio de diligência. Não é preciso muito esforço para se identificar como irregular o transporte de estudantes em caminhões adaptados ("paus de arara"), sem cinto de segurança e conduzidos por motoristas sem habilitação. Mesmo que não haja registro de acidentes, é inquestionável o risco a que

⁹ Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2544873>. Acesso: 09 fev. 2024.

foram expostos os estudantes”. (Acórdão 10.679/2021-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Benjamin Zymler)

“No mérito, não verifico a ocorrência da obscuridade apontada pelos embargantes, pois a atuação dos três responsáveis sancionados com a multa no valor de R\$ 15.000,00 foi tipificada, no mínimo, como erro grosseiro. Ademais, a conduta foi agravada pelo fato de eles terem sido alertados de algumas falhas pela assessoria jurídica e, ainda assim, terem optado por prosseguir com a licitação sem realizar os devidos ajustes (...) Embora haja dificuldade de aferir condutas dolosas no âmbito dos processos de controle externo, além da circunstância acima indicada, considere que algumas das exigências realizadas na especificação do objeto pelos responsáveis, tais como a declaração de usual fornecedor de poliamida, afastam-se demasiadamente do conhecimento médio de um agente público e de disposições que são exigidas em outros certames licitatórios para aquisição de mobiliário” (Acórdão 2.592/2021-TCU-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)

“Especificamente quanto ao Pregão Presencial 1/2009, diante da proporcionalidade existente entre os diversos preços oferecidos pelas licitantes e, em alguns casos, da sua semelhança (inclusive dos centavos de preços unitários das cestas básicas), é razoável exigir que um pregoeiro médio e diligente percebesse que não se tratava de mera coincidência, e sim de tentativa de simulação e de fraude na concorrência do certame” (Acórdão 2.954/2021-TCU-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)

“Como bem ressaltou a Selog, a decisão do gestor que desconsidera, sem a devida motivação, o parecer da consultoria jurídica consubstancia o erro grosseiro, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), conforme mostra o seguinte enunciado da jurisprudência selecionada desta Corte de Contas:

“Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a decisão do gestor que desconsidera, sem a devida motivação, parecer da consultoria jurídica do órgão ou da entidade que dirige. Tal conduta revela desempenho aquém do esperado do administrador médio, o que configura culpa grave, passível de multa.” (Acórdão 1264/2019-TCU-Plenário, rel. Ministro Augusto Nardes). (Acórdão 2.599/2021-TCU-Plenário, rel. Min. Bruno Dantas)¹⁰

Realizando a devida atividade hermenêutica e aplicando os comandos legais ao caso em tela, balizada pelo entendimento jurisprudencial, afirmo que em um caso no qual o gestor admite servidor comissionado em período vedado pela LC 173/2020 e sem demonstrar que não houve aumento de despesa de pessoal, e ainda não apresenta os requisitos necessários para contratação de pessoal temporário, pode-se concluir responsabilização e aplicação de multa pelo Tribunal de Contas por ter agido com erro grosseiro.

¹⁰ Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2533530>. Acesso: 09 fev. 2024.

O erro grosseiro ocorre quando o agente público age com negligência grave e evidente, descumprindo normas legais ou regulamentares de forma flagrante, sem justificativa plausível ou razoável para suas ações.

No caso concreto, é evidente que a legislação infringida já estava em vigor desde meados dos anos 2020 (maio). Durante o período pandêmico, havia discussões em andamento sobre as medidas necessárias para controlar os gastos públicos e direcionar os recursos para as áreas emergenciais. Portanto, o responsável não poderia alegar desconhecimento do regramento infringido, especialmente considerando que as contratações irregulares ocorreram entre janeiro e março de 2021.

Mesmo que o gestor tivesse dúvidas sobre a legalidade das contratações, ele poderia ter utilizado os dispositivos de consulta disponíveis neste Tribunal de Contas, assim como fizeram vários gestores na época. Essas consultas resultaram em diversas manifestações desta Corte de Contas sobre a aplicação e as implicações da Lei Complementar 173/2020, o que não aconteceu no caso em questão.

Portanto, diante deste contexto, contratar pessoal durante um período vedado pela legislação, como estabelecido na LC 173/2020, sem observar as restrições impostas, pode ser considerado um erro grosseiro passível de responsabilização e aplicação de multa pelo Tribunal de Contas.

No mesmo sentido esta Corte de Contas possui deliberações, conforme abaixo exemplificado, que tecem a respeito da necessidade de se comprovar que as contratações temporárias não tratam de contratações para desempenho de atividade, ordinária, essencial e permanente da Administração, situação que demandaria a realização de concurso público, nos termos do art. 37, II, da CF/88.

Acórdão 01480/2020-8

Trata-se de Pedido de Reexame interposto pelo Sr. (...), em face do Acórdão TC 716/2020-6 Plenário, exarado nos autos do Processo 4582/2018-9, (...).

(...) 3.3 ANÁLISE TÉCNICA

Aposentadoria, exoneração e outros afastamentos legais não configuram hipóteses de necessidades temporárias nem podem ser entendidos como

excepcionais. Justamente porque, em verdade, em todo e qualquer órgão público haverá sempre esse tipo de demanda e mesmo na iniciativa privada (em que pese algumas diferenças). Trata-se de demanda corriqueira da administração pública e de modo algum afasta a regra do concurso público. A definição de necessidade temporária de excepcional interesse público foi definida pelo Supremo Tribunal Federal, tal qual a tese construída no RE 658026, conforme abaixo disposto:

RE 658026 - Nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração.

(...) 7- Sem embargo, é incontestável que a contratação de Professores, Pedagogos, Coordenadores e afins são cargos que estão dentro das contingências normais da Administração.

8- Não obstante, a contratação de novos profissionais para substituir aqueles afastamentos definitivos de servidores públicos que exercem serviços de caráter permanente e contínuo é uma necessidade ordinária da administração municipal. Não podendo, portanto, configurar caráter eventual, temporário ou excepcional.

9- Bem como é inquestionável que não há nenhuma necessidade excepcional em substituir profissionais exonerados, aposentados ou que faleceram, por exemplo. Trata-se, como visto, de algo corriqueiro e esperado dentro do âmbito público ou privado e não atende aos requisitos definidos pela Corte Constitucional deste país.

(...) 11- Em se tratando de alegação do RECORRENTE de que a contratação por meio de concurso público implicaria gastos públicos incabíveis na realidade financeira, há de se fazer algumas considerações relevantes.

12- Como visto há inúmeros cargos vacantes e que poderiam ter sido preenchidos por concurso público. Se houve contratação temporária há igualmente destinação de verba pública para gasto com pessoal. Se a rubrica utilizada pelo então gestor não foi a de gasto de pessoal, então, haveria mais uma irregularidade.

13- Há de se expor que a regra é clara, na ordem de diminuição de despesas, primeiros deve-se cortar contratos temporários só depois diminuir o número de servidores efetivos.

(TCE-ES. Controle Externo > Recurso > Pedido de Reexame. Acórdão 01480/2020-8. Processo 04551/2020-5. Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo. Órgão Julgador: Ordinária/Plenário. Data da sessão: 26/11/2020, Data da Publicação no DO-TCES: 07/12/2020).

ACÓRDÃO TC 716/2020 – PLENÁRIO

Tratam os presentes autos de Representação, protocolizada nesta Corte de Contas, pelo Senhor (...) – Presidente da Câmara Municipal de São Mateus,

em face do então Prefeito Municipal, Sr. (...), questionando possíveis irregularidades na realização de Processo Seletivo Simplificado – edital 001/2018, para a área de educação, abarcando os seguintes cargos: Professor A, Professor de Libras, Instrutor de Libras, Tradutor e Intérprete de Libras, Cuidador, Secretário Escolar e Nutricionista.

(...) II.I – AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO:

(...) constata-se que atualmente, com base na Lei 74/2013, há 1424 cargos efetivos de professores e pedagogos. Desse total, somente 993 vagas estavam ocupadas e 536 servidores estavam contratados em designação temporária, o que significa dizer que 35% dos professores e pedagogos contratados pela Prefeitura de São Mateus são servidores em designação temporária.

Diante do elevado número de servidores públicos em designação temporária, verifica-se o desvirtuamento do instituto, quando a regra deveria ser o concurso público, de modo a priorizar a profissionalização do serviço público no que tange a educação municipal.

Os responsáveis alegam que a contratação temporária se deu em razão da necessidade de observância da Lei de Responsabilidade Fiscal e dos limites de despesa com pessoal, todavia, tal argumento não há ser considerado, todavia não há de prevalecer de modo a afastar a presente irregularidade, pois o instituto da contratação temporária não deve ser utilizado em razão de restrições de ordem financeira e orçamentária.

(...) Por todo exposto, divergindo parcialmente do posicionamento técnico e ministerial no sentido de manter a irregularidade, devendo os responsáveis ser apenados com pena de multa, todavia a que ser levado em consideração os esforços do município em relação ao reequilíbrio fiscal, quanto ao atendimento do limite de despesa com pessoal diante do quadro pregresso, para a gradação da penalidade dos responsáveis.

(TCE-ES. Controle Externo > Fiscalização > Representação. Acórdão 00716/2020-6. Processo 04582/2018-9. Relator: Rodrigo Coelho do Carmo. Órgão Julgador: Ordinária/Plenário. Data da sessão: 06/08/2020, Data da Publicação no DO-TCES: 17/08/2020).

O Acórdão 607/2021 abaixo, também evidencia a necessidade de demonstração da real necessidade temporária de excepcional interesse, a despeito de, ao final, mesmo mantendo a irregularidade, ter deixado de aplicar multa em razão de interesse público na contratação, o que não se pode alegar no presente caso concreto haja vista se tratar de período pandêmico, que exigia conduta precavida quanto aos gastos públicos.

ACÓRDÃO 00607/2021-2

Trata-se de Pedido de Reexame interposto pelo Ministério Público Especial de Contas, em face do Acórdão TC 1104/2019/9 Primeira Câmara, exarado nos autos do Processo TC 1749/2014-3 e que assim dispõe: (...)

(...) II.3.7 – Contratação de servidores temporários sem demonstração da real necessidade temporária de excepcional interesse público.

A irregularidade foi apontada, pelas contratações temporárias de servidores por meio do apontamento genérico da legislação municipal autorizadora da contratação temporária, sem especificação do artigo da lei e do respectivo inciso, não se podendo extrair a circunstância da contratação, muito menos a real necessidade temporária de excepcional interesse público, requisito essencial para a legalidade da contratação.

(...) Em suma, determina a norma máxima, a impossibilidade de contratação temporária de servidores para exercício de ocupações de natureza permanente, sendo o contratado temporário equiparado a um prestador de serviços em face da temporalidade de suas atividades.

(...) No entanto, faz-se necessário uma análise contextual vivenciada na administração naqueles exercícios, tudo isso, com base no que dispõe o art. 22 da LINDB, em que nas decisões sobre regularidade de conduta ou validade de ato serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

(...) Sabe-se que a estruturação para criação de cargos e realização de concursos, demanda tempo e criterioso planejamento, e conforme relatado em defesa, a administração poderia sofrer descontinuidade do serviço público, caso não solucionasse a falta de servidores, nos setores de saúde, educação e assistência social.

Observa-se que, tratam-se de setores de serviços essenciais, os quais a falta de servidores ou a espera de estruturação de cargo e realização de concurso público, iriam certamente afetar de forma brutal os serviços prestados nessas áreas.

Lado outro, é dever da administração de motivar os seus atos, explicitando a fundamentação e compatibilidade do ato para com a legislação a que está adstrito, ressalta-se ainda o fato de que a legislação não definiu um intervalo de tempo, para que se estabelecesse a normalidade.

(...) Em sendo assim, entendo aqui estar-se diante de binômio, posto de um lado se ter uma afronta a legalidade (falta de motivação e caráter temporário da lei) e de outro dano irreparável ao interesse público, principalmente nas áreas de educação, saúde e assistência.

Desta feita, acompanhando parcialmente área técnica e ministério público de contas, entendo pela manutenção irregularidade, bem como pela inexecuibilidade das Leis Municipais 1.073/2013, 1.079/2013 e 1.080/2013. Contudo, afasto a penalidade de multa, tendo em vista, que ao fim, restou demonstrado o interesse público na contratação realizada àquele momento.

(TCE-ES. Controle Externo > Recurso > Pedido de Reexame. Acórdão 00607/2021-2. Processo 20556/2019-9. Relator: Rodrigo Coelho do Carmo. Órgão Julgador: Ordinária/Plenário. Data da sessão: 13/05/2021, Data da Publicação no DO-TCES: 24/05/2021).

Logo, como tais comandos não se alteraram ainda que no período pandêmico, não seria admitido que o prefeito não expusesse as justificativas de situação excepcional que resultariam nas necessárias contratações temporárias.

Nota-se, pela documentação dos autos, especialmente das tabelas apresentadas na inicial, que em sua maioria, as contratações temporárias estão no âmbito da educação (professores, auxiliares, diretores), ou seja, desempenham, a princípio, atividades relevantes e permanentes para a Administração, problema já identificado em idos do mês de março de 2019, haja vista a assinatura do Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta firmado entre o Ministério Público do Estado do Espírito Santo e a prefeita municipal de Montanha (peça 03).

Nota-se que o prazo para regularização das contratações já vigentes no município previsto no citado termo de compromisso foi suspenso, conforme Primeiro Termo Aditivo firmado em 02/12/2020, em razão do estado de calamidade pública decorrente da Covid-19.

Porém, tal suspensão não implicaria em autorização para a Administração realizar novas contratações temporárias sem a comprovação e caracterização dos requisitos autorizadores. Portanto, diante deste contexto, contratar novos temporários pode ser considerado um erro grosseiro passível de responsabilização e aplicação de multa pelo Tribunal de Contas.

Em conclusão, pelos fundamentos ora explicados, corroboro o entendimento da área técnica e ministerial para manter a irregularidade e aplicar sanção pecuniária diante erro grosseiro, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro.

III PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Por todo o exposto e com base na competência outorgada pelo inciso V, do artigo 29, da Resolução TC 261, de 4 de junho de 2013 (Regimento Interno do TCEES),

corroborando o entendimento técnico e ministerial, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação:

Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

Conselheiro relator

1. ACÓRDÃO TC- 212/2024

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

1.1. Julgar **PROCEDENTE** a representação, extinguindo o processo com resolução de mérito, com base nos artigos 95, II e 99, §2º, da Lei Complementar Estadual 621, de 08 de março de 2012 (Lei Orgânica do TCEES), tendo em vista a manutenção da seguinte irregularidade: “Das contratações de pessoal temporário e comissionado em período vedado pela LC 173/2020”;

1.2. APLICAR multa pecuniária individual ao responsável, senhor ANDRÉ DOS SANTOS SAMPAIO, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), com base no art. 135, inc. II da Lei Complementar 621/2012 c/c art. 389, inc. II do RITCEES, em virtude da irregularidade descrita neste voto;

1.3 Dar CIÊNCIA ao representante acerca do teor desta decisão;

1.4 Após o trânsito em julgado, **ARQUIVAR** os autos.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 01/03/2024 - 7ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

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

5. Fica o responsável obrigado a comprovar perante o Tribunal o recolhimento do débito e/ou da multa aplicada, no prazo de trinta dias, contados a partir da publicação deste Acórdão, nos termos do art. 454, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal. Quando cabível recurso, os prazos para interposição encontram-se previstos no Título VIII do mesmo diploma normativo.

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Presidente

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Relator

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Em substituição ao Procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões