

ACÓRDÃO Nº 054532/2024-PLENV

1 PROCESSO: 260172-9/2023

2 NATUREZA: REPRESENTAÇÃO

3 INTERESSADO: ANDRÉ LUIS CRUZ MION

4 ÓRGÃO JURISDICIONADO/ENTIDADE: PREFEITURA MUNICIPAL DE CORDEIRO

5 RELATORA: ANDREA SIQUEIRA MARTINS

6 REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO: HENRIQUE CUNHA DE LIMA

7 ÓRGÃO DECISÓRIO: PLENÁRIO VIRTUAL

8 ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **REPRESENTAÇÃO**, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, em sessão do **PLENÁRIO VIRTUAL**, por unanimidade, por **NÃO ACOLHIMENTO** com **PROCEDÊNCIA**, **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** e **ANEXAÇÃO**, nos exatos termos do voto da Relatora.

9 ATA Nº: 22

10 QUÓRUM:

Conselheiros presentes: José Maurício de Lima Nolasco e Marcio Henrique Cruz Pacheco

Conselheiros-Substitutos presentes: Andrea Siqueira Martins, Marcelo Verdini Maia e Christiano Lacerda Ghuerren

11 DATA DA SESSÃO: 15 de Julho de 2024

Andrea Siqueira Martins

Relatora

Rodrigo Melo do Nascimento

Presidente

Fui presente,

Henrique Cunha de Lima

Procurador-Geral de Contas

VOTO GCS-2

PROCESSO: 260.172-9/23

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE CORDEIRO

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO

REPRESENTAÇÃO.SUPOSTA IRREGULARIDADE NA FORMALIZAÇÃO DE CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS DE APOIO ESCOLAR. DECISÃO ANTERIOR PELO CONHECIMENTO, NOTIFICAÇÃO E COMUNICAÇÃO.

RESPOSTA APRESENTADA NÃO AFASTA A IRREGULARIDADE NARRADA PELO REPRESENTANTE. EXAME DOS AJUSTES REALIZADO EM AUTOS PRÓPRIOS. NÃO ACOLHIMENTO DAS RAZÕES DE DEFESA. PROCEDÊNCIA. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO. ANEXAÇÃO.

Trata-se de representação formulada pelo vereador André Luis Cruz Mion, em face do processo seletivo simplificado 01/2023, visando à contratação temporária de funcionários de Apoio Escolar para atender às demandas de pessoal da Secretaria Municipal de Educação de Cordeiro.

Em 19.02.2024, o Plenário deste Tribunal de Contas decidiu nos termos do voto de minha lavra, cuja parte dispositiva transcrevo a seguir:

“Desta forma, posiciono-me PARCIALMENTE DE ACORDO com a manifestação do Corpo Instrutivo e com o parecer do douto Ministério Público de Contas, e
VOTO

1. Pelo CONHECIMENTO da presente representação, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade dispostos nos

arts. 108 e 109, do RITCERJ;

2. Pela NOTIFICAÇÃO, com fulcro no art. 15, inciso II, do RITCERJ, ao atual Prefeito Municipal de Cordeiro, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, pronuncie-se quanto ao narrado pelo representante, devendo apresentar esclarecimentos de fato e de direito que entender pertinentes e juntar os documentos que repute necessários à comprovação de suas alegações;

3. Pela COMUNICAÇÃO, com fulcro no art. 15, inciso I, do RITCERJ, ao atual responsável pelo Controle Interno da Prefeitura Municipal de Cordeiro, para que tome ciência acerca da presente decisão e de tudo o mais que restou consignado nos autos quanto aos fatos representados; e

4. Pela EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO ao representante para que tome ciência desta decisão.”

Em atenção ao item 2 acima transcrito, fora apresentada resposta pela autoridade competente.

Em reexame do feito, o Corpo Instrutivo propôs:

“Diante de todo o exposto, e

CONSIDERANDO que a conduta dos responsáveis pela celebração de contratos de trabalho por prazo determinado sem a demonstração de necessidade temporária de excepcional interesse público, está sendo tratada no processo TCE no 222.800-2/2022.

sugere-se a adoção das seguintes medidas:

1- A PROCEDÊNCIA desta Representação quanto ao mérito, considerando a análise efetuada nessa instrução;

2- A COMUNICAÇÃO ao atual Prefeito do Município de Cordeiro, nos termos do art. 15, I, do RITCERJ, para que siga as DETERMINAÇÕES a seguir relacionadas, considerando as restrições impostas no período eleitoral e sem a necessidade de comprovação das medidas adotadas nos autos do presente processo, sendo certo que, em futuras fiscalizações a serem realizadas no órgão, o responsável poderá ser responsabilizado, caso seja verificado o não cumprimento:

a) Envie esforços no sentido de encaminhar projeto de lei ao Poder Legislativo municipal para criação e aprovação, na estrutura administrativa da Prefeitura de Cordeiro, do cargo de ‘Apoiador Escolar’ (ou outra nomenclatura correspondente), cuja função estará adstrita à assistência aos alunos com deficiências, transtornos globais de desenvolvimento, superdotação e/ou altas habilidades, observando-se os arts. 48, X, 61, § 1.º, II, alínea ‘a’, e 169, § 1º, I e II, todos da CF/1988 c/c os arts. 114, VIII, 130, I, 149, VII e 170, §1º e II, da Lei Orgânica do Município de Cordeiro;

b) Proceda, após a criação do cargo mencionado no item anterior, os estudos necessários para a realização de concurso público, visando ao provimento das vagas com a consequente substituição dos candidatos aprovados pelos servidores contratados temporariamente.

c) Encaminhe ao Poder Legislativo proposta de lei, em caráter abstrato, que disponha sobre as admissões temporárias no município, incluindo as hipóteses ensejadoras dessas contratações, disciplinando, ainda, os prazos de vigência

contratual e as eventuais prorrogações, seguindo os preceitos constitucionais e o entendimento do STF consolidado no tema 612, de repercussão geral.

3 - A COMUNICAÇÃO, nos termos do art. 15, I, do RITCERJ, ao atual Presidente da Câmara de Vereadores do Município de Cordeiro para CIÊNCIA desta decisão e para que, unindo forças ao Executivo Municipal e ao regular exercício do controle externo, acompanhe e coopere na adoção das medidas aqui determinadas por esta Corte.

4 - A EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO ao representante, fornecendo-lhe CIÊNCIA do inteiro teor desta decisão, nos moldes do art. 110 do RITCERJ.

5 - O ARQUIVAMENTO da Representação.”

O Ministério Público de Contas posicionou-se de acordo com as proposições instrutivas.

É o relatório.

Após analisar os elementos carreados no presente processo de controle externo, em especial, a manifestação do Corpo Instrutivo e o parecer do *Parquet* de Contas, concordo parcialmente com o entendimento por eles sustentado, pelos motivos que se seguem.

Conforme exposto no relatório deste voto e que ora reitero, o Chefe do Poder Executivo Municipal à época fora notificado para que se pronunciasse, no prazo regimental, sobre a suposta irregularidade na formalização de contratos temporários no âmbito da Secretaria Municipal de Educação de Cordeiro.

Como se sabe, os **servidores temporários estão sujeitos ao regime jurídico especial da lei prevista no art. 37, inciso IX, da Constituição da República de 1988**¹, o que significa dizer, noutros termos, que a legalidade destas contratações está condicionada à existência de lei municipal que regule esta espécie de contratação e, ainda, sua subsunção aos pressupostos constitucionais

¹ 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:

(...)

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

traduzidos pela necessidade temporária de excepcional interesse público.

Para o Professor José dos Santos Carvalho Filho, este regime jurídico especial deve atender a três pressupostos, a saber: (i) determinabilidade temporal da contratação; (ii) temporariedade da função; e (iii) excepcionalidade do interesse público. Senão vejamos a sua explicação:

“O regime especial deve atender a três pressupostos inafastáveis.

O primeiro deles é a **determinabilidade temporal da contratação**, ou seja, os contratos firmados com esses servidores devem ter sempre prazo determinado, contrariamente, aliás, do que ocorre nos regimes estatutário e trabalhista, em que a regra consiste na indeterminação do prazo da relação de trabalho.

(...)

Depois, temos o pressuposto da **temporariedade da função**: a necessidade desses serviços deve ser sempre temporária. Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes. Está, por isso, descartada a admissão de servidores temporários para o exercício de funções permanentes; se tal ocorrer, porém, haverá indisfarçável simulação, e a admissão será inteiramente inválida.

(...)

O último pressuposto é a **excepcionalidade do interesse público** que obriga ao recrutamento. Empregando o termo excepcional para caracterizar o interesse público do Estado, a Constituição deixou claro que situações administrativas comuns não podem ensejar o chamamento desses servidores. Portanto, pode-se dizer que a excepcionalidade do interesse público corresponde à excepcionalidade do próprio regime especial.”² (grifo nosso)

Entendimento semelhante é o do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que assim leciona:

“A Constituição prevê que a lei (entende-se: federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso) estabelecerá os casos de contratação para o atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX). Trata-se, aí, de ensejar suprimimento de pessoal perante contingências que desgarrem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos). A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo quê não haveria cogitar do

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2012. São Paulo: Atlas, 2013. p. 606-607.

concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, 'necessidade temporária'), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar.”³

Em igual sentido ao entendimento perfilhado pelos ilustres doutrinadores, **o Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar a matéria em sede de repercussão geral⁴, fixou os seguintes requisitos para as contratações temporárias** no âmbito da Administração Pública: (i) os casos excepcionais devem estar previstos em lei; (ii) o prazo de contratação deve ser predeterminado; (iii) a necessidade deve ser temporária; (iv) o interesse público deve ser excepcional; (v) a necessidade de contratação deve ser indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, que devem estar sob o espectro das contingências normais da Administração.

Observa-se, assim, que **o regime jurídico especial fundado no art. 37, inciso IX, da Constituição da República de 1988, configura exceção à regra de admissão pela via do concurso público, de modo que as normas a ele vinculadas devem ser interpretadas restritivamente.**

Sendo assim, a locução “*necessidade temporária de excepcional interesse público*” deve albergar apenas circunstâncias excepcionais em que se privilegia o interesse público.

Essa também é a conclusão, a título de exemplo, dos Professores Matheus Carvalho⁵ e Rafael Oliveira⁶, que, em suas respectivas obras, destacam que **as contratações por prazo determinado não podem ser destinadas ao exercício de funções ordinárias e permanentes.**

Não obstante, no julgamento da ADI nº 3.649/RJ, o **Supremo Tribunal Federal posicionou-se pela possibilidade de contratação por prazo determinado**

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 292.

⁴ Temas nº 612 e 735.

⁵ CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 10 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: JusPODIVM, 2022. p. 1016-1018.

⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Método. p. 682-683.

para suprir necessidade temporária que desponta da vacância de cargo efetivo, ponderando que esta deve perdurar apenas pelo tempo necessário à realização do próximo concurso público. Confira-se a ementa deste julgado:

“Ementa: 1) A contratação temporária prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição da República não pode servir à burla da regra constitucional que obriga a realização de concurso público para o provimento de cargo efetivo e de emprego público. 2) O concurso público, posto revelar critério democrático para a escolha dos melhores a desempenharem atribuições para o Estado, na visão anglo-saxônica do merit system, já integrava a Constituição Imperial de 1824 e deve ser persistentemente prestigiado. 3) Deveras, há circunstâncias que compelem a Administração Pública a adotar medidas de caráter emergencial para atender a necessidades urgentes e temporárias e que desobrigam, por permissivo constitucional, o administrador público de realizar um concurso público para a contratação temporária. 4) A contratação temporária, consoante entendimento desta Corte, unicamente poderá ter lugar quando: 1) existir previsão legal dos casos; 2) a contratação for feita por tempo determinado; 3) tiver como função atender a necessidade temporária, e 4) quando a necessidade temporária for de excepcional interesse público. 5) In casu, o Plenário desta Corte entreviu a inconstitucionalidade de toda a Lei nº 4.599 do Estado do Rio de Janeiro que disciplina a contratação temporária, dado o seu caráter genérico diante da ausência de uma delimitação precisa das hipóteses de necessidade de contratação temporária. Restou ressalvada a posição vencida do relator, no sentido de que apenas o art. 3º da norma objurgada conteria preceito inconstitucional, posto dúbio e dotado de trecho capaz de originar uma compreensão imprecisa, inválida e demasiado genérica, no sentido de que a própria norma por si só estaria criando os cargos necessários à realização da atividade, o que é juridicamente inviável, uma vez que referida providência dependeria de lei específica a ser aprovada diante de uma superveniente necessidade, nos termos do que previsto no art. 61, §1º, II, alínea ‘a’, da Constituição da República. 6) É inconstitucional a lei que, de forma vaga, admite a contratação temporária para as atividades de educação pública, saúde pública, sistema penitenciário e assistência à infância e à adolescência, sem que haja demonstração da necessidade temporária subjacente. 7) **A realização de contratação temporária pela Administração Pública nem sempre é ofensiva à salutar exigência constitucional do concurso público, máxime porque ela poderá ocorrer em hipóteses em que não há qualquer vacância de cargo efetivo e com o escopo, verbi gratia, de atendimento de necessidades temporárias até que o ocupante do cargo efetivo a ele retorne. Contudo, a contratação destinada a suprir uma necessidade temporária que exsurge da vacância do cargo efetivo há de durar apenas o tempo necessário para a realização do próximo concurso público, ressoando como razoável o prazo de 12 meses.** 8) A hermenêutica consequencialista indicia que a eventual declaração de inconstitucionalidade da lei fluminense com efeitos ex tunc faria exsurgir um vácuo jurídico no ordenamento estadual, inviabilizando, ainda que temporariamente, a manutenção de

qualquer tipo de contratação temporária, o que carregaria um periculum in mora inverso daquele que leis como essa, preventivas, destinadas às tragédias abruptas da natureza e às epidemias procuram minimizar, violando o princípio da proporcionalidade – razoabilidade. 9) Ex positis, e ressalvada a posição do relator, julgou-se procedente a ação declarando-se a inconstitucionalidade da Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 4.599, de 27 de setembro de 2005. 10) Reconhecida a necessidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para preservar os contratos celebrados até a data desta sessão (28/05/2014), improrrogáveis após 12 (doze) meses a partir do termo a quo acima.

(ADI 3649, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014) – (grifei)⁷

Extraí-se, portanto, que não pode o gestor buscar indevido refúgio nas entrelinhas legais em detrimento da resolução definitiva da carência do quadro permanente de pessoal, **sendo apenas admitidas as contratações precárias para atender à necessidade temporária que exsurge da vacância do cargo efetivo durante o tempo necessário para a realização do próximo concurso público.**

No caso, em que pese o alegado pelo Sr. Leonan Lopes Melhorance em suas razões de defesa, concordo com a análise do Corpo Instrutivo no sentido de que **a necessidade de servidores de apoio escolar é permanente e não temporária**, não sendo adequada a utilização do regime jurídico especial da lei prevista no art. 37, inciso IX, da Constituição da República de 1988.

Trata-se de posicionamento que já fora adotado por este Tribunal de Contas, nos autos do Processo TCE-RJ nº 207.952-1/18, administrativo no qual, na sessão Plenária de 16.05.2022, fora recusado o registro de contratações temporárias, realizadas no âmbito da Secretaria Municipal de Educação de Cordeiro, de profissionais de apoio escolar com fundamento justamente na ausência de necessidade temporária de excepcional interesse público.

Nota-se, aliás, que o fato de esta Corte de Contas já ter denegado o registro de contratações similares às analisadas neste feito, afasta a alegada atuação de boa-

⁷ Inteiro teor do julgamento deste precedente judicial disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%203649%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true (acesso em 19.09.2023).

fé do jurisdicionado. Isso porque, a despeito de não ter sido o responsável pelos ajustes precários analisados no administrativo mencionado no parágrafo anterior, o Sr. Leonan Lopes Melhorance fora cientificado da decisão denegatória de registro e, portanto, da irregularidade do uso do regime jurídico especial da lei prevista no art. 37, inciso IX, da Constituição da República de 1988, para estas contratações.

Ademais, a alegação de não haver servidores no quadro permanente de pessoal aptos a trabalhar com educação inclusiva e especial não é capaz, no caso do Município de Cordeiro, de justificar a formalização dos ajustes precários, pois, conforme bem exposto pela especializada em sua última instrução, há *“pouca disposição do jurisdicionado em buscar soluções políticas que resultassem na criação do cargo efetivo de profissional de apoio escolar e a consequente realização do concurso público”*⁸.

Há de se ressaltar, neste ponto, que a alegação de não regulamentação da profissão também não merece prosperar, uma vez que não há nenhum impedimento para se criar cargos efetivos em que as vagas sejam preenchidas por outras profissões regulamentadas por lei.

Neste viés, pelos fundamentos acima expostos, **reitero que os elementos apresentados pelo Chefe do Poder Executivo Municipal à época, Sr. Leonan Lopes Melhorance, não afastam a irregularidade relativa a contratações de pessoal por prazo determinado.**

Deste modo, incluirei item pelo **não acolhimento das razões de defesa apresentadas, sendo este o primeiro ajuste que realizarei nas proposições técnicas.**

Por outro lado, concordo com o entendimento da equipe técnica, no sentido de que **a presente representação merece ser julgada procedente.**

Faço constar que, a despeito de restar comprovada a irregularidade relativa a contratações de pessoal por prazo determinado, os responsáveis **não serão sancionados neste feito**, tendo em vista que a conformidade dos contratos precários citados neste administrativo com o ordenamento jurídico está sendo apreciada nos

⁸ Trecho retirado da instrução da 3ª CAP datada de 25.04.2024.

autos do **Processo TCE-RJ nº 222.800-2/22** e, uma vez constatada ilegalidade, são ali aplicadas multas aos gestores que os firmaram, se presentes dolo ou erro grosseiro.

Ademais, levando-se em conta que o Processo TCE-RJ nº 222.800-2/22 trata justamente da análise da legalidade dos contratos temporários citados pelo representante neste feito, entendo que **os autos deste administrativo devem ser anexados a ele, pelo que incluirei item no dispositivo deste voto nesse sentido, sendo este o segundo e último ajuste que realizarei nas proposições técnicas.**

Como consectário lógico, as comunicações também serão expedidas naqueles autos.

Desta forma, posiciono-me **PARCIALMENTE DE ACORDO** com a manifestação do Corpo Instrutivo e com o parecer do douto Ministério Público de Contas, e

VOTO

I – Pelo NÃO ACOLHIMENTO DAS RAZÕES DE DEFESA apresentadas pelo Sr. Leonan Lopes Melhorance;

II – Pela PROCEDÊNCIA da presente representação;

III – Pela EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO ao representante para que tome ciência desta decisão; e

IV – Pela ANEXAÇÃO destes autos ao Processo TCE-RJ nº 222.800-2/22.

GCS-2,



ANDREA SIQUEIRA MARTINS
Conselheira Substituta