DELIBERAÇÃO AC00 - 3022/2018

PROCESSO TC/MS	**:** TC/16428/2016
PROTOCOLO	**:** 1725531
TIPO DE PROCESSO	**:** PEDIDO DE REVISÃO
ÓRGÃO	**:** PREFEITURA MUNICIPAL DE NOVA ALVORADA DO SUL
REQUERENTE	**:** ARLEI SILVA BARBOSA
RELATOR	**:** CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: PEDIDO DE REVISÃO – DECISÃO – ATO DE ADMISSÃO DE PESSOAL – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA – TRABALHADOR BRAÇAL – INFRAÇÃO LEGAL – NÃO REGISTRO – REMESSA INTEMPESTIVA – APLICAÇÃO DE MULTA – ALEGAÇÕES INSUFICIENTES – PROCEDÊNCIA NEGADA.

A função de Trabalhador Braçal caracteriza serviço ordinário e permanente, o que demonstra a irregularidade da contratação temporária.

As alegações são insuficientes para rescindir a decisão quanto o não registro do ato de admissão e a aplicação de multa em razão da remessa intempestiva de documentos, pelo que é negada procedência ao pedido de revisão.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 28ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, de 7 de novembro de 2018, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do relator, **em conhecer e negar procedência** ao Pedido de Revisão, proposto pelo **Sr. Arlei Silva Barbosa**, Prefeito Municipal de Nova Alvorada do Sul, para **manter** na íntegra Decisão Singular DSG-G.MJMS-2725/2015; fixando o **prazo** de 60 (sessenta) dias, contados da data da publicação do Acórdão no Diário Oficial (eletrônico) do Tribunal, para o pagamento das multas em favor do FUNTC.

Campo Grande, 7 de novembro de 2018.

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Examina-se nos documentos autuados a matéria do pedido de revisão formulado pelo Sr. Arlei Silva Barbosa, Prefeito Municipal de Nova Alvorada do Sul, contra os efeitos decorrentes da Decisão Singular DSG-G.MJMS-2725/2015 (peça 21, fls. 42/46 do TC/21821/2012), proferida pela Conselheira Marisa Joaquina Monteiro Serrano, com o seguinte teor em sua parte dispositiva:

> 1 – Pelo NÃO REGISTRO DO ATO DE ADMISSÃO – CONTRATO TEMPORÁRIO nº 251/2012, do Sr. Elias Carvolindo Batista, uma vez que infringiu o artigo 34 da Lei Complementar nº 160/2012 ...;
>
> 2 – Pela aplicação de MULTA equivalente ao valor de 80 (oitenta) UFERMS ao Sr. Arlei Silva Barbosa – Prefeito Municipal e responsável pela contratação na época, da seguinte forma:
>
> - 50 (cinquenta) UFERMS, por grave infração a norma legal, de conformidade com o artigo 44, inciso I da Lei Complementar nº 160/2012 ...;
>
> - 30 (trinta) UFERMS, pela não remessa de documentação obrigatória ao Tribunal de Contas dentro do prazo legal ... .".

O pedido de revisão foi devidamente admitido pela Presidência, conforme o Despacho da peça 2, fl. 11, e a irresignação do recorrente está demonstrada nas razões e documentos da peça 1, fls. 3 a 10 - sustentando, em síntese, que:

> (i) a contratação temporária do Sr. Elias Carvolindo Batista, para exercer a função de trabalhador braçal, decorreu da insuficiência de servidores efetivos para desempenhar a função;
>
> (ii) já havia tomado providências para a realização de concurso público e, portanto, a contratação seria logo substituída por servidores efetivos;
>
> (iii) existia risco à saúde dos munícipes, principalmente o relativo ao surto de dengue no País, daí a importância do ato preventivo de eliminação dos criadouros do mosquito "através" da limpeza dos logradouros e terrenos baldios;
>
> (iv) restou demonstrado o pressuposto da temporariedade, haja vista o respeito ao prazo imposto pela lei municipal;
>
> (v) estava presente o requisito do excepcional interesse público, em razão de que a não complementação da quantidade demandada de funcionários poderia acarretar "danos ao erário";
>
> (vi) a remessa intempestiva de documentos a essa Corte de Contas decorreu por culpa de servidores responsáveis por cumprir o mister.

A matéria foi examinada pela equipe técnica da Inspetoria de Controle Externo de Atos de Pessoal (ANA-ICEAP-14332/2017, peça 7, fls. 16 a 19), que concluiu nos sentidos de que: − "*... a insuficiência de servidores para atender a demanda não é o caso de excepcional interesse público, uma vez que é possível a administração*

*prever tais situações, em especial quando não há concurso público vigente e existem vagas abertas, sejam elas decorrentes de exoneração de servidores ou de abertura de novas vagas.***”**; − o peticionário não apresentou outros elementos comprobatórios aptos a desconstituir o teor da DSG-G.MJMS-2725/2015 (TC/21821/2012) .

No fim do caminho processual, o representante do Ministério Público de Contas embasou seu parecer (PAR-2ªPRC-25499/2017, peça 8, fls. 20 a 22) com as seguintes razões:

> **“**Denota-se, assim, que permanecem as irregularidades outrora relatadas, a saber:
>
> o cargo de Trabalhador Braçal não se enquadra no que exige o texto constitucional em seu art. 37, inciso IX, visto que este não caracteriza excepcional interesse público para atendimento da população.; e
>
> intempestividade na remessa de documentos a esta Corte de Contas.
>
> [...]
>
> In casu, a parte inconformada além de não lograr êxito em afastar as ilegalidades mencionadas no feito, deixou de comprovar a realização de processo seletivo simplificado, de modo que a decisão recorrida se mostra hígida, não sendo a hipótese de reforma ou anulação, sendo despiciente maiores considerações.**”**.

E nesses termos, opinou pelo **“*conhecimento e improvimento* *do presente recurso, de modo que a r. decisão recorrida seja mantida em sua integralidade ... .*”**.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Inicialmente, entendo oportuno registrar que o pedido de revisão (arts. 73 e 74 da Lei Complementar Estadual n. 160, de 2012), bem como a análoga ação rescisória de que trata o art. 966 e seguintes do CPC, têm o intuito processual de desconstituir a coisa julgada (juízo rescindente), desde que essa se revista de gravíssimos vícios de nulidade previstos em lei (rol taxativo) e, se necessário, promover novo julgamento da matéria (juízo rescisório).

E já está sedimentado o entendimento de que afastar a coisa julgada revestida de nulidade é constitucional, em razão de que a coisa julgada que a Constituição quer preservar é aquela idônea, sem vícios de nulidade.

No entanto, não se pode perder de vista que a rescisão da coisa julgada é uma medida excepcional, pois a regra é a preservação do julgado e, portanto, ainda que

se possa encontrar outros erros gravíssimos não previstos no rol taxativo do art. 73 da Lei Complementar n. 160, de 2 de Janeiro de 2012, no meu sentir não cabe o pedido de revisão.

Nos termos expostos, se vê que as regras do referido art. 73 da Lei Complementar 160, de 2012, dispõem que:

> Art. 73. Da decisão definitiva do Tribunal que julgar os atos sujeitos ao controle externo cabe pedido de revisão fundado em:
>
> I - prova inequívoca:
>
> a) de erro de cálculo ou de demonstração financeira inexata nas contas objeto da decisão;
>
> b) da falsidade ou da ineficácia de documento em que tenha se baseado a decisão;
>
> II - na superveniência de novos documentos que possam efetivamente ilidir prova anteriormente produzida, alterando o resultado do julgamento;
>
> III - nulidade processual que tenha ocasionado efetivo prejuízo ao livre exercício do contraditório e da ampla defesa;
>
> IV - ofensa à coisa julgada;
>
> V - violação de literal disposição de lei.
>
> § 1º O pedido de revisão pode ser interposto no prazo de dois anos contados da data do trânsito em julgado da decisão.
>
> § 2º No juízo de admissibilidade do pedido de revisão, o Presidente do Tribunal deve indeferir de plano o pedido não fundamentado em regra estabelecida em pelo menos um dos incisos dispostos no caput.
>
> § 3º Julgado procedente o pedido de revisão, deve ser rescindida a decisão objeto do pedido e, sendo o caso, proferido novo julgamento.

Na peça 2, fl. 11, o Presidente deste Tribunal, exercendo o juízo de admissibilidade, se pronunciou no sentido de que **"**O pedido é tempestivo, cabível e encontra-se formulado de conformidade com as normas estabelecidas no artigo 164 do Regimento Interno.**"**.

No caso, devo registrar que tanto os analistas da Inspetoria de Controle Externo de Atos de Pessoal-ICEAP como o Procurador de Contas se manifestaram no sentido do conhecimento do pedido de revisão formulado, implicando considerar prudente acolher tais manifestações e não me furtar de exercer os juízos apropriados.

Assim, em adentrando no mérito da questão, digo desde logo que deve ser mantida a coisa julgada (o ato de pessoal apreciado, ou seja, a **"**Decisão Singular DSG-G.MJMS-2725/2015**"**) e, nesse sentido, concordo com as considerações feitas pelos analistas da ICEAP e pelo Procurador de Contas, pelas razões a seguir expostas.

O mandamento do art. 37, II, da Constituição Federal-CF, estabelece como regra o ingresso no serviço público por meio de concurso público, mas prevê duas exceções: (i) cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, parte final), e (ii) a contratação temporária de excepcional interesse público (art.37, IX).

Do permissivo constitucional, vale dizer que a contratação temporária, que é a matéria objeto deste Processo, deve atender a quatro condições, como relatou o Ministro Carlos Velloso, do STF, na **ADI 3210/PR**:

> **"**Essa segunda hipótese sujeita-se às seguintes condições: 1) previsão legal dos casos; 2) a contratação há de ser por tempo determinado; 3) para atender necessidade temporária; 4) essa necessidade temporária deve ser de excepcional interesse público (C.F., art. 37, IX).**"**.

Relativamente à lei que estabelece os casos de excepcionalidade, merece citação a seguinte doutrina do Professor Hely Lopes Meireles:

> **"**... as leis que disciplinarem a hipótese excepcional referida 'deverão atender aos princípios da razoabilidade e da moralidade', só podendo 'prever casos que efetivamente justifiquem a contratação. Esta, à evidência, somente poderá ser feita sem processo seletivo quando o interesse público assim permitir.'**"**. (Dir. Administrativo Brasileiro, Malheiros Ed., 21ª ed., 1996, pág. 382)

Sobre o mesmo tema, acrescento o entendimento jurisprudencial majoritário, que veda preceito legal que contenha cláusula geral e excessivamente abrangente, ao dispor sobre as hipóteses autorizadas de contratação, como relatou o Ministro Luiz Fux, do STF, na ADI 3649/RJ:

> **"**... 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 ...**"** (STF - ADI: 3649 RJ, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 28/05/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014).

Registro, por fim, a vedação da contratação temporária para execução de serviços que, embora essenciais, sejam permanentes e assim descaractarizadores da **"**necessidade temporária**"**. Repriso aqui que não basta o contrato ser temporário e o serviço essencial, pois é a necessidade que deve ser temporária. Por tal razão, é inaceitável a contratação para suprir insuficiência de pessoal efetivo, se ela for utilizada para injustificada e indeterminada protelação de realização de concurso público.

E assim entendeu o Ministro Teori Zavascky, quando relatou o julgamento do Recurso Extraordinário RE: 751.286/MG:

> **"3.** No mais, o recurso extraordinário merece provimento. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 658.026 (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 31/10/2014, Tema 612), submetido à sistemática da repercussão geral, assentou a tese de que:
>
> (…) para que se considere válida a contratação temporária, 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 necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.**"**.

No caso em exame, verifico que a função de Trabalhador Braçal caracteriza serviço ordinário, permanente e a contratação em exame até se justificaria pela regra de exceção se fosse demonstrado que um pouco mais adiante haveria a realização de concurso público, o que não ocorreu, ou que o pedido trouxesse algum documento probante da alegação da epidemia de dengue.

E observo que o pedido, embora apresentado há aproximadamente 4 anos da data da contratação, não trouxe informações sanativas das irregularidades, quais sejam, que o concurso realizado ou qualquer notícia escrita ou documento da Secretaria de Saúde que versasse sobre a ocorrência de epidemia de dengue, ou, ainda, de algum programa preventivo implementado, pelo Poder Executivo.

Repriso, pois, que a necessidade temporária tem que ser demonstrada e de igual forma há de ser comprovada a situação provisória de excepcional interesse público. Como já observei em várias decisões que relatei, tenho nesses casos a nítida impressão de ausência de planejamento.

Por outro lado, verifico também que o peticionário enquadrou a contratação no inciso XI do art. 2º da Lei Complementar (municipal) n. 44/2005 (peça 3, fl. 6, do TC/21821/2012). Aqui, sem me ater a qualquer controle de constitucionalidade, alerto que hipóteses genéricas como as descritas no inciso XI do art. 2º da Lei Complementar Municipal n. 44/2005, na qual se fundamentou a contratação declarada irregular pela decisão combatida, tem duas consequências importantes:

1. A primeira reside no fato de que a CF determina que cabe à lei definir com precisão as hipóteses de "excepcional interesse público", função que não pode ser delegada para a interpretação de seu usuário. A falta de especificidade dos casos é a principal razão de declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

A lei que contém hipótese genérica e vige na ordem jurídica abre a possibilidade de interpretação, pelo contratante, do modo que ele entenda ser de "excepcional interesse" determinada contratação.

E essa abertura permite também aos Tribunais de Contas admitir ou não a interpretação dada pelo contratante. O controle sendo feito sobre a conduta do gestor e não sobre a lei que não detalhou a hipótese, e no caso em questão é certo que, na minha ótica, não está presente o "excepcional interesse público".

2. A segunda consequência e a mais importante, é que grande parte dos recursos extraordinários que requerem ao STF a anulação de contratos temporários tem, como efeitos das decisões, a imposição de pagamento de todos os direitos trabalhistas ao contratado (FGTS, INSS, PATRONAL, FÉRIAS, 13º, ADICIONAL DE FÉRIAS, AVISO PRÉVIO, E ART 477 CLT...).

A guisa de ilustração, colaciono o julgado abaixo:

> **"**APELAÇÃO – SERVIDOR PÚBLICO – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA – RENOVAÇÕES SUCESSIVAS – FÉRIAS ACRESCIDAS DE 1/3 – 13º SALÁRIO – PREVISÃO CONSTITUCIONAL – ARTIGO 39, § 3º - DIREITO DO SERVIDOR – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS – NÃO CONCESSÃO – FGTS – POSSIBILIDADE - PRECEDENTES DO STF – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (STF - RE: 953029 MG - MINAS GERAIS 7014922-03.2009.8.13.0024, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 17/03/2016)**"**.

Com relação à intempestividade da remessa de documentos a este tribunal, de igual forma o peticionário não apresentou justificativas que pudessem sanar a extemporaneidade de tais remessas.

DISPOSITIVO

Tudo examinado, acompanho integralmente as razões do representante do Ministério Público de Contas e voto nos sentidos de:

I. conhecer do pedido de revisão formulado pelo Sr. Arlei Silva Barbosa, Prefeito Municipal de Nova Alvorada do Sul, e **julgá-lo improcedente**, para manter na íntegra Decisão Singular DSG-G.MJMS-2725/2015, proferida pela Conselheira Marisa Joaquina Monteiro Serrano;

II. fixar o prazo de 60 (sessenta) dias contados da data da publicação do Acórdão no Diário Oficial (eletrônico) do Tribunal de Contas do Estado-DOTCE/MS, para o apenado pagar os valores das multas que lhe foram infligidas e assinalar que os pagamentos deverão ser feitos em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas-FUNTC, conforme as regras dos arts. 50, I, e 83 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, observado o disposto nos arts. 99 e 172, § 1º, I e II, do Regimento Interno.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, em conhecer e negar procedência ao pedido de revisão.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros: Iran Coelho das Neves, Ronaldo Chadid, Osmar Domingues Jeronymo, Jerson Domingos e Marcio Campos Monteiro.

Presente o Exmo. Sr. João Antônio de Oliveira Martins Júnior, Procurador Geral de Contas.

Campo Grande, 7 de novembro de 2018.

Conselheiro **FLÁVIO KAYATT**
Relator

GAB.IHS
SETAC.APT/DSSM