DELIBERAÇÃO AC00 - 3394/2018

PROCESSO TC/MS	: TC/95605/2011/001
PROTOCOLO	: 1817981
TIPO DE PROCESSO	: RECURSO ORDINÁRIO
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO GABRIEL DO OESTE
RECORRENTE	: SÉRGIO LUIZ MARCON
ADVOGADO	: FABIANO GOMES FEITOSA – OAB/MS 8.861
RELATOR	: CONS. RONALDO CHADID

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA – PROFESSOR – LEI MUNICIPAL JULGADA INCONSTITUCIONAL – NÃO REGISTRO – APLICAÇÃO DE MULTA – RAZÕES RECURSAIS – SÚMULA 52 TC/MS – NÃO PROSPERAM – PROVIMENTO NEGADO.

O ingresso no serviço público sem concurso é medida excepcionalíssima, dessa forma, não basta à apresentação de alegações genéricas para sua utilização, pois é necessário demonstrar, mediante prova documental, os contornos fáticos que caracterizam a necessidade temporária de excepcional interesse público, bem como sua adequação a umas das hipóteses definidas na Lei Autorizativa do Ente.

Em que pese o entendimento sumulado, não é possível acolher a súplica do Recorrente, pois para utilização da exceção é imperioso preencher os requisitos ali previstos (previsão da hipótese em lei, necessidade temporária; e interesse público excepcional), o que não ocorre no caso, cuja contratação foi realizada com base em lei declarada inconstitucional.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 32ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, de 5 de dezembro de 2018, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, em **conhecer e negar provimento** ao Recurso Ordinário, interposto pelo Sr. Sérgio Luiz Marcon, mantendo-se o inteiro teor da Deliberação - AC02 - 1227/20166 proferida no processo TC/MS n. 95605/2011.

Campo Grande, 5 de dezembro de 2018.

Conselheiro **Ronaldo Chadid** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid – Relator

Em exame o **Recurso Ordinário** interposto por *Sérgio Luiz Marcon*, Ex-Prefeito do Município de São Gabriel do Oeste/MS e Autoridade Contratante, em face à Deliberação- AC02 - 1227/2016, proferida no processo TC/MS n. 95605/2011 nos seguintes termos:

> *EMENTA - ADMISSÃO DE PESSOAL – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA – PROFESSOR REGENTE DE EDUCAÇÃO FÍSICA – LEI MUNICIPAL AUTORIZATIVA JULGADA INCONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL – NÃO REGISTRO DO ATO DE ADMISSÃO – MULTA. A contratação temporária com embasamento em lei municipal julgada inconstitucional, cujos efeitos gerais da declaração de inconstitucionalidade, por meio da ADI são erga omnes, ex tunc e vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública em todas as esferas, torna a contratação desprovida de força vinculativa, sem efeito, em razão de ausência de amparo legal, o que acarreta o seu não registro e impõe a aplicação de multa ao responsável.*
>
> *ACÓRDÃO*
>
> *Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 12ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara, de 24 de maio de 2016, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do relator, pelo não registro do Ato de Admissão de Pessoal – Contratação Temporária - para o cargo de Professor Regente de Educação Física do Sr. Ricardo Alexandre Vasques Gomes, realizada pela Prefeitura de São Gabriel do Oeste/MS, representada pelo Prefeito Municipal Sr. Sérgio Luiz Marcon, a quem se aplica multa no importe equivalente a 30 UFERMS, em decorrência da contratação temporária amparada por lei municipal julgada inconstitucional, concedendo 60 dias para o recolhimento junto ao FUNTC.*
>
> *Campo Grande, 24 de maio de 2016.*
>
> *Conselheiro Iran Coelho das Neves – Relator.*

O Conselheiro Presidente desta Corte de Contas considerou o Recurso tempestivo e cabível, determinado sua distribuição a esta Relatoria conforme despacho de folha n. 15.

Após analise dos argumentos apresentados a equipe técnica se manifestou pelo conhecimento do Recurso e no mérito pelo desprovimento (Análise n. 17042/2018).

Encaminhados os autos ao Ministério Público de Contas, seu representante opinou pelo conhecimento e não provimento do Recurso Ordinário interposto pelo Ex-Prefeito de São Gabriel do Oeste, Sérgio Luiz Marcon, para que se mantenham

integralmente os termos da Deliberação- AC02 - 1227/20, tendo em vista que *"a contratação temporária por excepcional interesse público que se pretende ser declarada regular por meio do presente recurso foi elaborada com base em lei declarada inconstitucional, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2005.010275-6"* (Parecer n. 17600/2018).

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid – Relator

A exordial visa combater a decisão publicada em 15 de fevereiro de 2017 no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul n. 1.491, proferida pelo i. Conselheiro Iran Coelho das Neves no processo TC/MS n. 95605/2011.

Considerando os documentos colacionados nos autos, vislumbro que o presente recurso é cabível, adequado e tempestivo, do mesmo modo, quanto aos pressupostos subjetivos, atesto a admissibilidade, visto que foi interposto por Sérgio Luiz Marcon, Autoridade Contratante e Prefeito do Município de São Gabriel do Oeste à época, por escrito perante o Presidente deste Tribunal de Contas.

Presentes, então, os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, o recurso em epígrafe deve ser conhecido.

Passo à análise do mérito.

Como relatado, Sérgio Luiz Marcon apresentou Recurso frente aos comandos da Deliberação- AC02 - 1227/2016 que não registrou a contratação por tempo determinado (n. 118/2011) de Ricardo Alexandre Vasques Gomes, inscrito no CPF sob o n. 639.505.451-15, realizada pelo Município de São Gabriel do Oeste com base na Lei Municipal n. 551/2004 (julgada inconstitucional) para exercer a função de professor durante o período de 04/8/2011 a 30/09/2011 e o Termo Aditivo que prorrogou a vigência de 01/10/2011 a 21/12/2011, e aplicou multa no valor equivalente a 30 (trinta) UFERMS pela admissão irregular.

Nas razões o recorrente aduziu, em suma, que: *"a decisão deve ser reformada e a multa aplicada deve ser anulada, posto que a contratação teve como única finalidade a efetivação de direito previsto na Constituição Federal, e, conforme teor da Súmula n. 52 o Tribunal reconhece a legitimidade de contratações nas áreas da saúde, educação e segurança, de forma a assegurar direitos básicos do cidadão independente de previsão legal (...) se a jurisprudência consolidada assegura a legitimidade da contratação de profissionais da educação independentemente de expressa previsão legal, a aplicação da multa ao Requerente em razão de contrato firmado com professor para atender o interesse da coletividade, amparada em justificativa de substituição de outro profissional que se encontrava em licença por*

problemas de saúde, merece ser revista (...) o contrato por prazo determinado e a respectiva justificativa demonstram a efetiva existência de perigo de lesão ao direito a educação, não sendo possível nomear profissional aprovada em concurso público por inexistir vaga pura que justifique tal medida (...)segundo o 6º e o 208, Da Constituição Federal a educação é um direito social do cidadão (...) o princípio da razoabilidade, plenamente aplicável ao caso, orienta que, para resolver a colisão de princípios jurídicos, sendo estes entendidos como valores, bens, interesses, ou normas jurídicas, deve se agir com bom senso, prudência, moderação, tomar atitudes adequadas e coerentes, levando-se em conta a relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada, bem como as circunstâncias que envolvem a pratica do ato (..)sob a visão do princípio da razoabilidade, a contratação era a medida necessária para atingir a finalidade pública: dar acesso à educação básica, sendo que as circunstâncias justificavam tal medida, a ausência de descrição da hipótese em lei (resultante da invalidade da Lei Municipal 551/2004) estava suprida pela orientação da Súmula TCE 52".

É pacífico o entendimento de que havendo necessidade temporária de pessoal o gestor pode utilizar a exceção disposta no art. 37, IX da Constituição Federal, para que não seja paralisada uma atividade governamental, em respeito ao princípio da continuidade do serviço público, segundo o qual as funções essenciais ou necessárias à coletividade são ininterruptas.

Todavia, para se utilizar da inexigibilidade de certame prevista no inciso IX do artigo 37 é necessário comprovar o preenchimento de pressupostos que levam em conta a determinabilidade do prazo da contratação, a temporariedade da carência e a excepcionalidade das situações de interesse público que deverão estar previamente delimitadas em lei, sob pena de ofensa à obrigatoriedade do concurso público.

Visando dar maior efetividade à forma de recrutamento de pessoal acima mencionada, a Constituição Federal deu autonomia a cada Ente da Federação para estabelecer, por meio de lei, as hipóteses e situações que autorizam o município a contratar servidor temporariamente. Acerca do tema, Arnaldo Silva Junior esclarece que:

> "A contratação temporária configura permissivo constitucional de exceção, vinculado a existência de regulamentação própria e adstrita as condições pré-fixadas na constituição, ou seja, nos termos do art. 37, ix, é admissível a contratação temporária e de excepcional interesse público, devidamente prevista e regulamentada por lei específica para cada ente federado." (dos servidores públicos municipais. belo horizonte: del rey, 2009, p. 113)

O Ex-Prefeito do Município de São Gabriel do Oeste realizou a contratação de Ricardo Alexandre Vasques Gomes com base no art. 2º, III, da Lei Municipal n. 551/2004 para exercer a função de professor durante o período de 04/08/2011 a 30/09/2011conforme Contrato n. 118/2011, cuja vigência foi prorrogada por meio do 1º Termo Aditivo até 21/12/2011.

Ocorre que a contratação acima foi formalizada com base em Lei inválida, pois os incisos I, II, III, IV, V, e VII do art. 2º, da Lei Autorizativa, que preveem as hipóteses de excepcional interesse público no âmbito do Município De São Gabriel do Oeste, foram declarados inconstitucionais, após julgamento (pela procedência) da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2005.010275-6, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do art. 4º, da Lei nº 484/2002, e do art. 2º, incisos i, II, III, IV, V, VII, da Lei nº 551/2004, *in verbis*:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 4º DA LEI Nº 484, DE 7 DE JUNHO DE 2002, E ART. 2º, INCISOS I, II, III, IV, V E VII, DA LEI Nº 551, DE 26 DE ABRIL DE 2004, DO MUNICÍPIO DE SÃO GABRIEL DO OESTE. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. CARGOS PERMANENTES. VIOLAÇÃO AO ART. 27, INCISOS II E IX, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PROCEDENTE.
>
> A lei municipal é inconstitucional quando, ao prever as hipóteses de contratação temporária, dá margem a sucessivas renovações para preenchimento de cargos de caráter permanente, em evidente violação ao art. 27, II e IX, da Constituição Estadual e desrespeito aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade do serviço público.

O ingresso no serviço público sem concurso é medida excepcionalíssima, dessa forma, não basta à apresentação de alegações genéricas para sua utilização, pois mesmo que o administrador goze de fé pública é necessário demonstrar, mediante prova documental, os contornos fáticos que caracterizam a necessidade temporária de excepcional interesse público, bem como sua adequação a umas das hipóteses definidas na Lei Autorizativa do Ente.

Em diversos julgados, o Supremo Tribunal Federal, estabeleceu os seguintes requisitos para a regularidade da contratação temporária pela Administração pública em todos os níveis da Federação: a) previsão legal da hipótese de contratação temporária; b) prazo predeterminado da contratação; c) a necessidade deve ser temporária; e d) o interesse público deve ser excepcional. Nesse sentido, o seguinte acórdão:

> CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO: CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. C.F., ART. 37, IX. LEI 4.957, DE 1994, ART. 4º, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. RESOLUÇÃO Nº 1.652, DE 1993, ARTS. 2º E 3º, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. SERVIDOR PÚBLICO: VENCIMENTOS: FIXAÇÃO. RESOLUÇÃO Nº 08/95 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.
>
> I. - A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público. C.F., art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inc. II do art. 37, e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. C.F., art. 37, IX. Nesta hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: *a) previsão em lei dos casos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional.* (grifo nosso)

> [...]
>
> (STF - ADI: 1500 ES , Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 19/06/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 16-08-2002 PP-00087 EMENT VOL-02078-01 PP-00154) (grifos acrescentados).

No mesmo sentido impende citar entendimento do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul adotado a partir da aprovação do Parecer n. 83/93 do Auditor Lauri Romário Silva:

> “Em decorrência as exigências primordiais para que se efetive a contratação emergencial, consistem na prévia existência de lei municipal autorizadora, a qual deverá conter as quatro conotações definidas no inciso IX, antes mencionado - tempo determinado, necessidade temporária, interesse público e excepcionalidade desse interesse - (...) a lei municipal, pois, deverá contemplar a situação de interesse público excepcional, que permita a emergencialidade da contratação, devendo ainda, no referido teor constar expressamente as razões e circunstâncias que irão revestir o referido contrato e, além disso, definir o respectivo prazo de duração, que caracterize a temporariedade, para evitar-se eventuais prorrogações que venham lhe conferir caráter de permanência, impróprio à espécie, pelas restrições constitucionais pertinente.”

A previsão em lei específica é pressuposto de validade para contratação direta com base no art. 37, IX, da CF. Não existindo autorização na lei autorizativa municipal para contratação emergencial deverá ser observada a regra geral estabelecida no artigo 37, II, sob pena de nulidade do ato e de punição da autoridade responsável. A posição adotada pela Suprema Corte Brasileira, conforme se denota do julgado abaixo colacionado, espelha bem o caso destes autos:

> "CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO POPULAR - SERVIDOR PÚBLICO - CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO - NULIDADE - CF, ART. 37, II E IX - I - A INVESTIDURA NO SERVIÇO PÚBLICO, SEJA COMO ESTATUTÁRIO, SEJA COMO CELETISTA, DEPENDE DE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO, RESSALVADAS AS NOMEAÇÕES PARA CARGO EM COMISSÃO DECLARADO EM LEI DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. CF, ART. 37, II - A CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO, PARA ATENDER A NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO, TEM COMO PRESSUPOSTO LEI QUE ESTABELEÇA OS CASOS DE CONTRATAÇÃO. CF, ART. 37, IX. INEXISTINDO ESSA LEI, NÃO HÁ FALAR EM TAL CONTRATAÇÃO. III - RE CONHECIDO E PROVIDO" (STF - RE 168.566-2 - RS - 2ª T. - REL. MIN. NELSON JOBIM).

O permissivo constitucional trazido no inciso IX do artigo 37 é uma norma de eficácia limitada de baixa normatividade, ou seja, é uma previsão constitucional que necessita de regulamentação para que possa produzir efeitos. No caso posto nos autos não há como negar a ilegalidade da admissão tendo em vista que foi formalizada com base em lei previamente declarada inconstitucional. O argumento

apresentado pelo recorrente de que a contratação era medida necessária para atingir a finalidade pública de acesso à saúde não prospera já que a Carta da República condicionou a utilização da contratação emergencial à prévia existência de lei, o que não ocorre no presente caso, já que no momento da formalização da admissão o município padecia da existência de lei autorizativa eficaz, válida.

O Recorrente faz menção à Súmula 52 deste Tribunal de Contas e alega que a decisão deve ser reformada a fim de anular a multa aplicada posto que a contratação teve por finalidade única efetivar direito previsto na Constituição Federal (educação).

Todavia, em que pese o entendimento sumulado no sentido de que "*são legítimas e indispensáveis às contratações temporárias para atendimento a situações que, apesar de não bem definidas ou estabelecidas em lei específica, coloquem em risco os setores de saúde, educação e segurança, dada a relevância das respectivas funções para a comunidade, e face à obrigação do poder público de assegurar ao cidadão aqueles direitos*", deixo de acolher a súplica do Recorrente, pois para utilização da exceção trazida no art. 37, IX, da Constituição Federal é imperioso preencher os requisitos ali previstos (previsão da hipótese em lei, necessidade temporária; e interesse público excepcional), o que não ocorre no presente caso já a contratação foi realizada com base em lei declarada inconstitucional.

Dessa forma, considerando que não restou comprovado o preenchimento dos requisitos necessários impostos no art. 37, IX, da constituição federal - *previsão legal (lei autorizativa) das hipóteses de contratação temporária; atender necessidade temporária; presença de excepcional interesse público* -, para utilização da contratação temporária como forma de recrutamento de pessoal; que os argumentos e documentos apresentados pelo recorrente não possuem o condão de modificar as razões que ensejaram o julgamento ora guerreado; concluo pela manutenção *in totum* da Deliberação- AC02 - 1227/2016.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, acolho o Parecer do Ministério Público de Contas e **voto** pelo **conhecimento** do presente Recurso Ordinário, porque presentes os pressupostos de admissibilidade, e no mérito, pelo **desprovimento** mantendo-se o inteiro teor da Deliberação - AC02 - 1227/20166 proferida no processo TC/MS n. 95605/2011.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, em conhecer e negar provimento ao Recurso Ordinário.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Iran Coelho das Neves, Osmar Domingues Jeronymo, Marcio Campos Monteiro e Flávio Kayatt.

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

Campo Grande, 5 de dezembro de 2018.

Conselheiro **RONALDO CHADID**

Relator

GAB. ASP
SETAC. TST/ARP/DSSM