



Protocolo n.º TCE/004822/2018

Natureza: CONSULTA

Consulente: EDELVINO DA SILVA GÓES FILHO (SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA)

RELATÓRIO

O Exmº Sr. Secretário de Administração do Estado da Bahia, Dr. Edelvino da Silva Góes Filho, formula a presente Consulta a pretexto de superar dúvida quanto a correta interpretação do parágrafo único da Lei Complementar n.º 101/2000 e do art. 73, inciso V, letra "c", da Lei Federal n.º 9.504/1997, considerando a necessidade premente da Administração em nomear 2.468 (dois mil, quatrocentos e sessenta e oito) professores aprovados em concurso público, considerando o universo de 3.096 (três mil e noventa e seis) cargos vagos do quadro do magistério.

Alega o Consulente que *“o Concurso foi homologado em 19 de junho de 2018, isto é, antes do início do prazo de vedação do período eleitoral, que se inicia nos três meses anteriores ao pleito”* (Ref. 2044343-1), destinando-se à recompor os claros decorrentes da substituição daqueles *“professores contratados sob o Regime Especial de Direito Administrativo —REDA”* (*ibidem*), assinalando, ainda, a superveniência de mais *“1.386 (um mil, trezentos e oitenta e seis) vagas de professores decorrentes de aposentadorias efetivadas apenas no período de janeiro a junho de 2018”* (Ref. 2044343-2), razão pela qual indaga à Corte de Contas *“a se há alguma vedação na nomeação a ser praticada nos moldes propostos”* (*ibidem*).

Recebida a Consulta em 12/07/2018, foi incontinentemente encaminhada ao crivo da ATEJ, cujo parecer de Ref. 2049536-1/6 conclui por sua admissão, atendidos *“todos os requisitos legais e regulamentares”* (Ref. 2049536-2), destacando, em sede de mérito, que

“A Lei Federal nº 9.504, de 30.09.1997, ao proibir aos agentes públicos a nomeação, contratação ou qualquer forma de admissão de servidor público na circunscrição do pleito eleitoral, nos três meses que o antecederem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalva expressamente os casos de nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo” (Ref. 2044343-2).

Avançando para gizar, verbis:

“A princípio, eu tenderia a considerar que a situação submetida à apreciação deste Tribunal, se, por um lado, estaria claramente enquadrada na hipótese de exceção à vedação de nomeação



TCE

Gabinete da Presidência

contida na Lei Eleitoral, por outro, deveria se adequar às exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal, uma vez que a simples substituição numérica de servidores contratados pelo Regime Especial de Direito Administrativo por servidores efetivos, aprovados em Concurso Público homologado antes que tivesse início o prazo de vedação instituído pela legislação eleitoral, não garantiria, por si só, que tais nomeações não provocariam qualquer aumento de despesa.

Desta forma a inoportunidade de aumento de despesa no período indicado pela Lei Complementar nº 101/2000 deveria ser verificada antes que fossem procedidas as nomeações, a fim de evitar que tais atos ficassem inquinados de nulidade.

Não é esta, no entanto, a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, e expressa nas seguintes decisões:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ANULAÇÃO DA NOMEAÇÃO E POSSE DE SERVIDORA PÚBLICA. NECESSIDADE DA AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. PRECEDENTES. EFEITOS RETROATIVOS. NECESSIDADE. PRECEDENTES. 1. A exegese do art. 21, parágrafo único, da Lei Complementar n.º 101/00 c.c. o art. 73, inciso V, alínea c, da Lei n.º 9.504/97, conduz à conclusão de que, embora exista vedação quanto à nomeação de servidores públicos nos 03 (três) meses que antecedem o pleito eleitoral e até a posse dos eleitos, esta não incide sobre os concursos públicos que, tal como ocorre na hipótese dos autos, foram homologados até o início do citado prazo.

2. Conforme a jurisprudência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal de Justiça, é vedada a exoneração de servidor público em razão de anulação de concurso, sem a observância do devido processo legal.

3. A egrégia Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do MS n.º 12.397/DF, da relatoria do i. Min. Arnaldo Esteves Lima, firmou a orientação no sentido de que "[...] na hipótese em que servidor público deixa de auferir seus vencimentos, parcial ou integralmente, por ato ilegal ou abusivo da autoridade impetrada, os efeitos patrimoniais da concessão da ordem em mandado de segurança devem retroagir à data da prática do ato impugnado, violador de direito líquido e certo."

4. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e provido.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL APROVADA EM CONCURSO PÚBLICO HOMOLOGADO ANTES DO PLEITO ELEITORAL. POSSIBILIDADE. EXONERAÇÃO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a ale-

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA



gação de ofensa aos art. 535 do CPC/1973 se faz de forma genérica, sem a demonstração exata dos pontos pelos quais o acórdão se fez omissivo, contraditório ou obscuro. Aplica-se, na hipótese, o óbice da Súmula 284/STF. Precedentes.

2. A ausência de prequestionamento quanto ao tema da impossibilidade de inversão do ônus da prova em sede de mandado de segurança, impede o conhecimento do recurso especial nesse ponto. Incidência da Súmula 211/STJ.

3. O STJ já consolidou a orientação de que a 'exegese do art. 21, parágrafo único, da Lei Complementar n. 101/00 c/c o art. 73, inciso V, alínea 'c', da Lei n. 9.504/97, conduz à conclusão de que, embora exista vedação quanto à nomeação de servidores públicos nos 3 (três) meses que antecedem o pleito eleitoral e até a posse dos eleitos, esta não incide sobre os concursos públicos que, tal como ocorre na hipótese dos autos, foram homologados até o início do citado prazo', bem como é vedada a exoneração de servidor público em razão de anulação de concurso, sem a observância do devido processo legal. (RMS 31.312/AM, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011). Precedentes do STF e do STJ.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e nessa extensão não provido" (cf. Ref. 2044343-3/5).

Concluindo, então, seja ripostada a Consulta na forma que segue:

"A interpretação sistemática dos dispositivos contidos na Lei Federal nº 9.504, de 30.09.1997, art. 73, inciso V, e na Lei Complementar nº 101, de 04.05.2000, art. 21, Parágrafo único, conduz à conclusão de que, a despeito da existência de vedação à nomeação de servidores públicos nos três meses que antecedem o pleito eleitoral até a posse dos eleitos, tal vedação não se aplica às nomeações decorrentes de Concurso Públicos que tenham sido homologados antes do início deste período" (vide Ref. 2044343-5).

Em sequência foi colhida a audiência da SUTEC, a qual encareceu a manifestação da 6ª CCE, estando nos autos o parecer de Ref. 2053496-1/4, do qual extraio a passagem seguinte:

"No caso em tela, o Estado da Bahia realizou concurso público conforme Edital n.º SAEB/02/2017, para provimento de 3.096 (três mil e noventa e seis) vagas para o cargo de PROFESSOR PADRÃO P - GRAU IA, tendo sido aprovado 2.468 (dois mil, quatrocentos e sessenta e oito) professores que aguardam nomeação, segundo informações da Secretaria da Administração. O Exmº Secretário informa que a nomeação dos candidatos aprovados tem como objetivo primordial a exata substituição de professores contratados via REDA, cujos contratos serão extintos. O concurso foi homologado em 19/06/2018, portanto, enquadra-se no prazo e condições previstas no supracitado art. 73, inciso V, alínea 'c', da Lei Federal n.º 9.504/1997.



TCE

Gabinete da Presidência

Sob a perspectiva da LRF, esta coíbe a emissão de ato que provoque o aumento de despesa com pessoal nos 180 dias que antecedem o término da legislatura ou do mandato do chefe do Poder Executivo (Art. 21, parágrafo único), ou seja, sua finalidade foi impedir que, ao término de sua gestão, o agente público onerasse as finanças do governo subsequente com o aumento irresponsável dos gastos públicos com despesa de pessoal. Todavia tanto a doutrina e alguns julgados de Tribunais de Contas tem destacado que a referida norma não deve ser interpretada de forma literal, mas de modo sistemático e teleológico...

.....
 A ATEJ deste TCE/BA em seu parecer trouxe jurisprudência consolidada do STJ no sentido que a interpretação do art. 21, parágrafo único, da Lei Complementar n.º 101/00, c/c o art. 73, inciso V, alínea c, da Lei n.º 9.504/97, não incide sobre os concursos públicos que foram homologados até 03 (três) meses que antecedem o pleito eleitoral.

Coadunamos com o referido parecer, entretanto merece destacar uma ponderação importante quando diz que 'a simples substituição numérica de servidores contratados pelo Regime Especial de Direito Administrativo por servidores efetivos, aprovados em Concurso Público homologado antes que tivesse início o prazo de vedação instituído pela legislação eleitoral, não garantiria, por si só, que tais nomeações não provocariam qualquer aumento de despesa.'

Neste sentido, recomendamos que a SAEB demonstre, de forma inequívoca, que com o ato de nomeação dos concursados não haverá aumento da despesa com pessoal pois será compensada com a extinção dos 2.862 contratos em Regime Especial e com a aposentadoria de 1.386 professores efetivos ocorrida no período de janeiro a junho de 2018 (Ref.2044343-2)" (Ref. 2053496-2;4).

Evoluídos os autos ao MPC, veio a lume o opinativo de Ref. 2054815-1/14, no qual, preliminarmente, circunscreve a análise da matéria “à dúvida interpretativa acerca do sentido e alcance do art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal” (Ref. 2054815-6), forte no entendimento de que o debate envolvendo o art. 73, inciso V, alínea “c”, da Lei Federal nº 9.504/97 suscita questão afeta à Justiça Eleitoral, fora, portanto, “da competência constitucionalmente conferida ao Tribunal de Contas” (Ref. 2054815-6), manifestando-se, quanto ao mérito, no sentido de que “nem todo ato de que resulte aumento de despesa com pessoal em final de mandato deve ser considerado atentatório ao comando do art. 21, parágrafo único, da LRF” (Ref. 2054815-9) e ferindo a temática trazida, aduz:

“No que concerne ao provimento de cargos mediante concurso público – questão que compõe o objeto da presente consulta –, entende este Parquet de Contas que a multicitada regra legal, interpretada sob as luzes do método teleológico, não inibe a práticas de atos de investidura que, indispensáveis à garantia da continuidade administrativa, representem o mero exaurimento de

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA



uma ação planejada de estruturação do quadro de pessoal, iniciada e desenvolvida em período anterior aos 180 dias finais do mandato.

Vale dizer, se o concurso público (que contempla um conjunto coordenado de atos administrativos) transcorreu em momento anterior ao período de vedação, e se as nomeações foram previamente contempladas na Lei Orçamentária Anual e autorizadas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, com observância dos limites previstos nos arts. 20, 22, parágrafo único, e 23 da LRF, entende-se que não deve incidir a sanção de nulidade prevista no art. 21, parágrafo único, da LRF.

Afinal, não há de se falar, na situação hipotética retratada, em atuação oportunista e fiscalmente irresponsável do gestor público no período final do mandato, com o propósito de angariar apoio político para si ou terceiro, gerando uma herança fiscal capaz de comprometer os orçamentos futuros. Isto é, não se vislumbra, na hipótese mencionada, o intuito de aproveitamento da máquina administrativa para concessão indiscriminada de benesses que ocasionem aumento abusivo da despesa com pessoal no final do mandato, colocando em risco a higidez fiscal dos exercícios subsequentes. Ao revés, as nomeações dos candidatos aprovados em concurso público simbolizam, se atendidas as condições mencionadas, o desdobramento de uma atuação planejada da Administração Pública para estruturação do seu quadro de pessoal, em ordem a garantir a continuidade das atividades administrativas de seus órgãos e entidades.

Dentro dessa perspectiva teleológica, entende-se que o alcance da vedação contida na multicitada regra legal deve ser restringido (interpretação restritiva), a fim de que seja excluído de seu raio de incidência situação hipotética que não representa ofensa aos valores (bens jurídicos) que a norma busca resguardar” (Ref. 2054815-9/10).

E abordando outros aspectos atinentes à questão, enfatiza, *litterim*:

“Assim, caso o Poder ou órgão contratante, no período final do mandato de seu titular, ultrapasse o limite prudencial para gastos desta natureza, incidirão as restrições estabelecidas no art. 22, parágrafo único, da LRF, notadamente a proibição de 'provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança' (art. 22, parágrafo único, inciso IV, da LRF). Trata-se de importante mecanismo de garantia do princípio do equilíbrio fiscal, que busca assegurar, através do controle parametrizado da evolução do gasto com pessoal, a equalização entre receitas e despesas públicas, em ordem a garantir que o custo de manutenção da máquina estatal, notadamente no tocante às despesas com pessoal, não pressione as finanças públicas acima do limite permitido.



A incidência dos limites e restrições para despesas com pessoal previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal (arts. 20, 22, parágrafo único, e 23), associada à exigência de que os atos de investidura sejam previamente planejados, com previsão anterior dos gastos na Lei Orçamentária Anual e autorização das contratações pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, é suficiente, a nosso ver, para neutralizar o risco de atuação oportunista e fiscalmente irresponsável do gestor público no período final do mandato, situação que a norma proibitiva prevista no art. 21, parágrafo único, da LRF pretende evitar.

Neste sentido, atendidas as condições mencionadas, e demonstrada, mediante apresentação de justificativa circunstanciada, a imperiosa necessidade de nomeação imediata dos candidatos aprovados em concurso público, sob pena de grave prejuízo à continuidade administrativa, não há de se falar em nulidade dos atos de investidura praticados no período final do mandato. Ainda que os atos possam ensejar aumento da despesa com pessoal, a hipótese indicada, conforme já sinalizado, não se insere no campo de incidência do art. 21, parágrafo único, da LRF, cuja delimitação há de ser feita a partir da finalidade que o justifica e legítima (interpretação teleológica)” (Ref. 2054815-12/13).

Propondo, afinal, seja oferecida resposta segundo a diretiva seguinte:

“Sob a perspectiva do art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal, é juridicamente possível, nos 180 dias anteriores ao encerramento do mandato, a contratação de pessoal aprovado em concurso público, desde que (i) os atos de investidura tenham sido anteriormente contemplados na Lei Orçamentária Anual, com previsão de dotação orçamentária suficiente para suportar as despesas correspondentes, bem como autorizados pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, (ii) sejam observados os limites e restrições para despesa com pessoal previstos nos arts. 20, 22, parágrafo único, e 23 da LRF, e (iii) seja apresentada motivação circunstanciada quanto à necessidade imperiosa de nomeação imediata dos candidatos aprovados em concurso público, em ordem a garantir a continuidade administrativa e consequente preservação do interesse público. A observância do referido preceito da LRF não dispensa o cumprimento das restrições previstas na legislação eleitoral, notadamente no art. 73, inciso V, da Lei Federal nº 9.504/97” (Ref. 2054815-14).

Este é o relatório.

Cons. Gildásio Penedo Filho
Presidente

Quadro de Assinaturas

Este documento foi assinado eletronicamente por:

Gildasio Penedo Filho
Presidente - Assinado em 01/08/2018



Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço <https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia>, digitando o código de autenticação: QZNTM3ODG5