



MINISTÉRIO
PÚBLICO
DE CONTAS
ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO

1ª Procuradoria de Contas

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador abaixo subscrito, vem, tempestivamente, à presença de V. Ex^a., com fulcro no art. 130 da Constituição Federal c/c art. 3º, inciso III, da LC n. 451/08 e art. 152, inciso II, da LC n. 621/12, inconformado com o Acórdão TC-1838/2018 – Segunda Câmara (Processo TC 200/2018), propor o presente

PEDIDO DE REEXAME

Em vista das razões anexas, requerendo após o cumprimento das formalidades legais e regimentais, seja o presente submetido à apreciação do egrégio Plenário, na forma do art. 9º, inciso XIII, do RITCEES.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Vitória, 3 de abril de 2019.

LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA
Procurador de Contas



RAZÕES DO RECURSO DE PEDIDO DE REEXAME

Processo TC: 200/2018

Acórdão: TC-1838/2018 – Segunda Câmara

EGRÉGIO TRIBUNAL EMINENTES CONSELHEIROS

I – BREVE RELATO

A Segunda Câmara desse egrégio Tribunal de Contas, por meio do v. Acórdão TC-1838/2018, exarado nos autos do processo TC-200/2018, que trata de Representação – divergindo das propostas da área técnica e do *Parquet* de contas, decidiu:

1. ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os senhores conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Colegiada, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1.1 Conhecer da presente Representação, com relação ao item: Contratação temporária de contador;

1.2 Não conhecer da presente Representação com relação aos itens: Contratação de empresa de assessoria contábil e Inconformidades contábeis relativas ao exercício de 2017;

1.3 Declarar revel o Sr. Thiago Peçanha Lopes.

1.4 Considerar **improcedente** a presente Representação, com fundamento no art. 95, inciso I c/c 99, §2º, ambos da Lei Orgânica desta Corte;

1.5 Acolher as alegações de defesa ofertadas pela Controladora do Município, **afastando** a seguinte irregularidade: Contratação temporária de contador – **Base legal:** art.37, II da CF/88 –**Responsável:** Sr. Thiago Peçanha Lopes

1.6 Dar ciência aos interessados;

1.7 Após os trâmites regimentais, **arquivar** os presentes autos.

No pronunciamento objurgado, prevaleceu o voto do relator, Exmo. Conselheiro Domingos Augusto Taufner, que, **conheceu a representação, em relação ao item:**



“contratação temporária de contador”, todavia a considerou improcedente, nos termos do art. 95, inciso I c/c 99, § 2º, da LOTCEES, razão pela qual se insurge este órgão do Ministério Público de Contas.

II – DO CABIMENTO, DA LEGITIMIDADE E DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

Preceitua o art. 166 da LC n. 621/12 que “cabe pedido de reexame, com efeito suspensivo, de decisão definitiva ou terminativa proferida em processo de fiscalização e de consulta”, aplicando-lhe, no que couber “as disposições dos artigos 164 e 165 desta Lei Complementar” (§3º).

Outrossim, prescreve o art. 408, §5º, do RITCEES que “o prazo para interposição do pedido de reexame é de trinta dias, contados na forma prevista na Lei Orgânica do Tribunal”.

De seu turno, dispõe o art. 157 da LC n. 621/12 que “**o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas disporá de prazo em dobro para interposição de recurso**”, iniciando-se sua contagem com a entrega dos autos com vista ao órgão ministerial (art. 62, parágrafo único).

Denota-se, que os autos ingressaram na Secretaria do Ministério Público de Contas no dia 27/03/2019. Logo, perfaz-se tempestivo o presente apelo.

III – DAS RAZÕES FÁTICAS E JURÍDICAS

No Acórdão recorrido, a Segunda Câmara desse egrégio Tribunal de Contas conheceu a representação quanto ao item: contratação temporária de contador, contudo a julgou improcedente, por não verificar ilegalidade ou irregularidade.

Ao analisar o voto do conselheiro relator, verifica-se que houve o afastamento da irregularidade supracitada “*por entender que, naquele momento, o gestor não contava com outra possibilidade, senão uma contratação temporária, para suprir a ausência do contador cedido, caso contrário, o serviço contábil seria interrompido [...]*”.



Observa-se que houve contratação temporária devido a servidor efetivo se encontrar cedido ao município de Cachoeiro de Itapemirim e, posteriormente, ao Serviço Autônomo de Água e Esgoto – SAAE, pelo período de abril de 2009 a novembro de 2017.

Assim, não há fundamento que justifique a contratação temporária. Deveras, contratou-se serviços desnecessários ao interesse público, uma vez que – considerando que a administração municipal já dispunha de servidor especializado para execução da função de contador –, deveria tão somente tê-lo alocado em sua devida função, encerrando-se imediatamente a sua **ilegal** cessão para outro órgão. No entanto, promoveu processo seletivo simplificado, contratando outro servidor temporariamente.

Ressalta-se que a contratação temporária fundamentou-se em cessão ilegal. Ora, para que ocorra a cessão, não se pode afrontar princípios constitucionais, em especial, o da moralidade, o da impessoalidade e o do concurso público. Todavia, cabe mencionar acontecimentos que ocasionaram violações principiológicas devido à cessão do servidor.

Vejamos.

A cessão ocorreu por um período de tempo excessivamente longo (de abril de 2009 a novembro de 2017), o que viola o requisito da excepcionalidade, além de configurar burla ao concurso público, uma vez que o provimento do cargo por servidor estranho ao quadro funcional estaria em desacordo com a regra do concurso público prevista no art. 37, II da Constituição Federal;

Cita-se o artigo publicado na Revista Jus Navigandi o qual demonstra que a “[...] **contratação temporária pela administração pública ultrapassa a exceção legal, prevista na Carta Magna, podendo ser considerada um ato de improbidade administrativa do agente político.** A Lei Maior restringiu o provimento de cargos, sem aprovação prévia em concurso público, aos de comissão, assim declarados em lei, como de livre nomeação e exoneração, art. 37, II. Essa é a regra. No entanto, o mesmo texto constitucional traz uma exceção, autorizando a contratação por tempo determinado de agentes públicos para suprir necessidade temporária de excepcional interesse público, art. 37, IX. Assim, para que seja permitida tal contratação pela administração pública, **é imprescindível o cumprimento dos requisitos da necessidade não-permanente e da excepcionalidade na contratação. Ausentes quaisquer desses requisitos, torna-se vedada a contratação, por tempo determinado**”.



Quanto à situação de excepcionalidade, verifica-se que não se trata de uma situação de exceção, mas sim criada pelo gestor responsável, visto que com a cessão do único servidor, houve a abertura de processo seletivo para contratação temporária. Sendo assim, tal ato é vedado, haja vista que caracteriza ato de improbidade administrativa do agente político.

Ainda, a Prefeitura de Itapemirim comprometeu o seu funcionamento, visto haver apenas um contador, este era indispensável para o bom andamento do serviço público do município, fato este que não justificava a sua cessão, ainda mais porque houve a necessidade de convocar, a título precário, outra pessoa para exercer a sua função. Sendo assim, houve infringência ao princípio da eficiência administrativa. Ademais, as despesas geradas com o procedimento administrativo do processo seletivo configuram-se despesa antieconômica, em violação ao art. 70 da Constituição Federal.

Além disso, não houve demonstração de interesse público na cessão, visto que a Controladora Geral do município de Itapemirim informou que o contador “por entender ser mais vantajoso à sua atividade profissional, foi cedido ao município de Cachoeiro de Itapemirim”.

Ademais, o afastamento de servidor, em razão de cessão, constitui situação previsível na administração pública, não se adequando, portanto, a ideia de excepcional interesse público, apta a ensejar a contratação temporária.

Para fundamentar a ilegalidade do fato analisado, cita-se um estudo publicado na Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais em 2014 com o propósito de confrontar os institutos da cessão de servidor público e da contratação temporária. Vejamos:

A Primeira Câmara do TCEMG, no Processo n. 770.27910, Sessão de 21/05/2013, ao analisar procedimento seletivo simplificado realizado por prefeitura municipal para a contratação temporária de agentes públicos, deliberou, com fundamento no inciso V do art. 26 do Regimento Interno do TCEMG (Resolução n. 12/2008), pelo encaminhamento do processo ao Tribunal Pleno, a fim de que esse analisasse, em caráter incidental, a constitucionalidade de dispositivos da lei do município que disciplina a contratação temporária de pessoal. Nesse contexto, dentre os dispositivos cuja constitucionalidade foi submetida à apreciação do Tribunal Pleno, destacamos os que preveem que a contratação temporária de pessoal será destinada a suprir a falta de servidores afastados do exercício de seus cargos, em razão de cessão a outro órgão ou entidade ou destinada a atender os convênios de cessão de pessoal celebrados com órgãos ou entidades públicos ou assistenciais.

Dando continuidade às considerações sobre o Processo n. 770.279, informamos que, na Sessão de 07/08/2013, o Tribunal Pleno reconheceu a inconstitucionalidade dos



dispositivos retromencionados, sob o argumento de que o **afastamento de servidor, em razão de cessão, constitui situação previsível na administração pública, não se adequando, portanto, à ideia de excepcional interesse público, apta a ensejar a contratação temporária**, e sob o argumento de que, quando o servidor é indispensável para o bom andamento do serviço público no município, **não se justifica a sua cessão, ainda mais se for necessário convocar, a título precário, outra pessoa para exercer a sua função**. Seguem transcritos excertos do voto do relator.

[...] as contratações temporárias realizadas no Município de Ponte Nova fundamentaram-se em sua maioria na Lei Municipal n. 3.020/2006 [...].

Essa lei apresenta o vício de inconstitucionalidade, conforme demonstrarei, fazendo-se necessária a sua apreciação por este Colegiado, haja vista a possibilidade jurídica de controle de constitucionalidade por esta Corte de Contas.

Ao ler o art. 2º da referida lei, que elenca as situações de excepcional interesse público (fl s. 76), verifiquei em alguns incisos que as hipóteses descritas não traduzem a excepcionalidade de contratação exigida no inciso IX do art. 37 da CR/1988.

Vejamos:

[...] 'VIII — contratação de pessoal para suprir falta de servidores efetivos, estáveis ou estabilizados, afastados de seus cargos por estarem exercendo cargo em comissão ou cedidos a outro órgão ou entidade pública, na forma da legislação vigente;'

Os afastamentos descritos [...] podem ser cobertos pelos demais servidores efetivos, não havendo motivo para contratação em função disso, razão pela qual não vislumbro excepcional interesse público.

A regra para admissão no serviço público é o concurso público. A contratação temporária é uma exceção que não pode ser admitida em faltas definitivas ou situações rotineiras e previsíveis na Administração como expôs o Ministério Público.

E ainda, a 2ª parte do inciso IX:

'IX — contratação de servidores para atendimento de programas especiais, mantidos pelo município, e convênios com órgãos ou entidades, públicos e/ou assistenciais, que prevejam cessão de pessoal.'

A parte final do inciso carece de interesse público excepcional, conforme bem apontou o douto Parquet. **Se o servidor é indispensável ao bom andamento do serviço público, sua cessão não se justifica, principalmente, se for preciso recrutar outra pessoa a título precário, para exercer a função.**

Diante da leitura dos incisos mencionados, percebemos que a Lei Municipal n. 3.020/2006 não tem amparo constitucional. As hipóteses nela previstas não se revestem do caráter da excepcionalidade exigido pelo art. 37, inciso IX da CR/1988. (grifos no original)

Na Consulta n. 862.11711, o TCEMG posicionou-se de forma contrária à cessão de servidor público, tendo em vista que esse era o único a exercer as atribuições de contador na câmara municipal e que seria necessário designar outro agente público para exercer aquelas atribuições. Na presente hipótese, o TCEMG defendeu que, a despeito de a cessão ser ato discricionário, ela encontra limitações no princípio da razoabilidade, além de ter como escopo o interesse público, não podendo resultar em prejuízo ao andamento das atividades do órgão ou entidade cedente. Seguem transcritos excertos do voto do relator.

[...] a discricionariedade do ato de cessão do servidor público está adstrita a um resultado de interesse público e à qualidade do que é razoável, garantindo-se, assim, a legitimidade da ação administrativa.



Ora, o fato de a Administração ceder o único servidor que exerça determinada função em seus quadros, além de não ser razoável, não coaduna com a consecução de um resultado de interesse público, uma vez que o referido servidor é essencial para o regular funcionamento do órgão/entidade.

Dessa forma, levando em consideração que o ato de cessão de determinado servidor deve ser analisado à luz da conveniência e oportunidade da Administração e sendo evidente a inconveniência da cessão na hipótese abstrata ora analisada, seu indeferimento é medida que se impõe.

Ressalta-se, portanto, que a contratação temporária da contadora é irregular, haja vista se tratar de **serviço permanente e de natureza previsível**, sendo que este cargo deveria ser ocupado por **servidor efetivo**, como acontecia anteriormente à cessão.

Ora, as exceções à regra do concurso público encontram-se no art. 37, da CF/88, em seus incisos V (nomeação para cargos em comissão, nas atribuições de direção, chefia e assessoramento) e IX (contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público).

O Supremo Tribunal Federal, na ADI 890-DF, decidiu que “(...) a **Administração Pública direta e indireta deve obediência cogente à regra geral do concurso público para admissão de pessoal, ressalvadas as duas únicas exceções contempladas pela própria Constituição, relativamente ao provimento de cargos em comissão, (...), e à contratação destinada a atender necessidade temporária e excepcional (...)**” (g. n.). O voto condutor da lavra do eminente Ministro Maurício Corrêa deixou claro que:

Com efeito, a cláusula constitucional autorizadora destina-se exclusivamente – e aqui a interpretação restritiva se impõe – aos casos em que comprovadamente haja necessidade temporária de pessoal. **Tal situação não abrange aqueles serviços permanentes que estão a cargo do Estado nem aqueles de natureza previsível, para os quais a Administração Pública deve alocar, de forma planejada, os cargos públicos para isso suficientes, a serem providos pela forma regular do concurso público**, sob pena de desídia e ineficiência administrativa (g. n.).

Nessa linha, Carvalho Filho¹ explica que a contratação temporária 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. [...]

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 655-656.



Depois, temos o pressuposto da *temporiedade* 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.** Lamentavelmente, algumas Administrações, insensíveis (para dizer o mínimo) ao citado pressuposto, tentam fazer contratações temporárias para funções permanentes, em flagrante tentativa de fraudar a regra constitucional. Tal conduta, além de dissimular a ilegalidade do objetivo, não pode ter outro elemento mobilizador senão o de favorecer a alguns apaniguados para ingressarem no serviço público sem concurso, o que caracteriza inegável desvio de finalidade.

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 dizer-se que a excepcionalidade do interesse público corresponde à excepcionalidade do próprio regime especial. Algumas vezes o Poder Público, **tal como sucede com o pressuposto anterior e em regra com o mesmo desvio de poder, simula desconhecimento de que a excepcionalidade do interesse público é requisito inafastável para o regime especial.**

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente a eficácia de dispositivo de Medida Provisória que autorizava recrutamento pelo regime especial para funções permanentes do INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial (ADI- MC 2.125-DF, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, julg. em 6.4.2000; Informativo STF nº 184, abr./2000).

Outrossim, na ADI 2.229-ES (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, jun/2004) e na ADI 3700-RN (Rel. min. Carlos Britto, em 15.10.2008), o STF declarou, por ofensa aos arts. 37, II e 134, da CF, a inconstitucionalidade de duas leis estaduais (uma delas do Espírito Santo), que ilegítimamente, admitiam a contratação temporária de advogados, sem concurso, para atuarem como Defensores Públicos.

Nesse sentido, ainda, as seguintes decisões do Excelso Pretório:

RE n. 572.676-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 17.05.2011. 5. In casu, o acórdão recorrido assentou: “CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OBRIGAÇÕES DE NÃO-FAZER E FAZER. CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS. ART. 37, II E IX, CF/88. INTERESSE PROCESSUAL E POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. SUPOSTA CONDUTA REITERADA DE AGRESSÃO À ORDEM CONSTITUCIONAL. INTERESSE PROCESSUAL E POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Diante da **reiteração de leis supostamente inconstitucionais, propiciando sucessivas contratações emergenciais de servidores públicos, em desatenção à regra básica do concurso público, art. 37, II, CF/88, e sem se estar no campo do recrutamento excepcional, art. 37, IX, CF/88, tem-se matéria fático-jurídica a autorizar o recurso à via jurisdicional, como forma de combater a conduta desafeita a princípio constitucional básico**, justificando-se, ademais, conforme exame da situação fática,



determine o Judiciário, através de sua função básica, qual seja, a jurisdicional, a **realização de concursos públicos, exatamente para que se dê o provimento regular dos cargos indevidamente ocupados.**” 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

ADI 3116/AP, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 14/04/2011 EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI AMAPAENSE N. 765/2003. **CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO DE PESSOAL PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PERMANENTES: SAÚDE; EDUCAÇÃO; ASSISTÊNCIA JURÍDICA; E, SERVIÇOS TÉCNICOS. NECESSIDADE TEMPORÁRIA E EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO NÃO CONFIGURADOS. DESCUMPRIMENTO DOS INCISOS II E IX DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.**

Destarte, reitera-se que, no caso em tela, se vislumbra a ilegalidade da contratação de servidora como hipótese de contratação temporária, haja vista que a cessão do servidor perdurou por um excessivo período de tempo (de abril de 2009 a novembro de 2017), além de o caráter permanente e ordinário das funções exercidas por outro servidor indicar a necessidade de contratação por intermédio de concurso público, restando, portanto, violado o art. 37, II e IX da Constituição Federal. Logo, a contratação temporária é uma exceção que não pode ser admitida em faltas definitivas ou situações rotineiras e previsíveis na administração municipal, como ocorrido no fato em análise.

Ainda, não houve comprovação do interesse público na cessão, mas sim interesse pessoal, visto que a cessão ocorreu por ser mais vantajosa à atividade profissional do servidor cedido. Além disso, a cessão do servidor a outro órgão público comprometeu o funcionamento do órgão cedente, o que ocasionou afronta ao princípio da eficiência administrativa.

IV – DO PEDIDO

Isto posto, requer o **Ministério Público de Contas** seja o presente pedido de reexame recebido, conhecido e provido, reformando-se o Acórdão TC-1838/2018 – Segunda Câmara, para:

1. reconhecer, nos termos do art. 178, inciso II, do RITCEES a **PROCEDÊNCIA PARCIAL** da presente representação, tendo em vista o reconhecimento da seguinte irregularidade: contratação temporária de contador;
2. rejeitar as razões apresentadas pela Controladora do município;



MINISTÉRIO
PÚBLICO
DE CONTAS
ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO

1ª Procuradoria de Contas

3. em razão da manutenção da irregularidade supracitada, pugna pela aplicação de multa ao responsável, Sr. Thiago Peçanha Lopes, com amparo nos arts. 1º, XXXII, 131, 134 e 135, II da Lei Complementar 621, de 8 de março de 2012;
4. determinar ao Prefeito de Itapemirim que se abstenha de realizar contratação temporária para prestação de serviços de contabilidade, uma vez que existe um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado entre o município de Itapemirim e a Promotoria de Justiça da comarca em que há comprometimento de realização de concurso público.

Nesses termos, pede deferimento.

Vitória, 3 de abril de 2019.

LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA
Procurador de Contas