

Voto do Relator 05299/2018-2

Processos: 08263/2017-7, 08486/2013-1, 07863/2013-9

Classificação: Pedido de Reexame

Setor: GAC - Carlos Ranna - Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Criação: 19/10/2018 15:51

UG: PMVV - Prefeitura Municipal de Vila Velha

Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Interessado: RODNEY ROCHA MIRANDA, RAFAEL FAVATTO GARCIA, SEVERINO ALVES DA SILVA FILHO

Recorrente: Membros do Ministério Público de Contas (LUCIANO VIEIRA)

Procuradores: ALTAMIRO THADEU FRONTINO SOBREIRO (OAB: 15786-ES), GREGORIO RIBEIRO DA SILVA (OAB: 16046-ES), MARIANA GOMES AGUIAR (OAB: 22270-ES), RODRIGO BARCELLOS GONCALVES (OAB: 15053-ES), VALTAZAR MACHADO (OAB: 9442-ES)

Processo: 8263/2017

Apensos: 7863/2013 – Representação

Assunto: Pedido de Reexame

Interessado: Ministério Público de Contas

Jurisdicionado: Prefeitura Municipal de Vila Velha

Responsáveis: Rodney Rocha Miranda

Rafael Favatto Garcia

Adv. Altamiro Thadeu Frontino Sobreiro – OAB/ES 15.786

Severino Alves da Silva

Adv. Valtazar Machado

**PEDIDO DE REEXAME – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA
EM DETRIMENTO DE CANDIDATOS APROVADOS EM
CONCURSO PÚBLICO - ACÓRDÃO DESTE TRIBUNAL
DE CONTAS QUE AFASTOU IRREGULARIDADE –
ACÓRDÃO ANTERIOR AUTORIZAVA CONTRATAÇÃO
SOB CONDIÇÃO DE REALIZAÇÃO DO CONCURSO**

PÚBLICO – REALIZADO O CONCURSO TORNA-SE ILEGAL A CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO – INEXISTÊNCIA DE NECESSIDADE EXCEPCIONAL - PROVIMENTO

O EXMO. SENHOR CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

1. RELATÓRIO

Este processo tem por objeto **Pedido de Reexame** interposto pelo Ministério Público Especial de Contas, por intermédio do Procurador Luciano Vieira, em face do **Acórdão TC 511/2017**, do **Plenário** deste Tribunal e proferido nos autos do **Processo TC-7863/2013**, que **julgou improcedente a Representação** formulada pelo Recorrente, em face do Prefeito Municipal de Vila Velha, Sr. Rodney Rocha Miranda; do Secretário Municipal de Assistência Social, Sr. Rafael Favatto Garcia e do Secretário Municipal de Administração, Sr. Severino Alves Filho.

A mencionada representação apontava indícios de irregularidades na contratação de temporários durante o exercício de 2013, por meio do Edital de Processo Seletivo Simplificado nº 001/2013, para prover cargos da Secretaria de Assistência Social, **durante a vigência de concurso público válido (edital nº 003/2012)**.

O Acórdão proferido acolheu o entendimento do voto de vista do Conselheiro em substituição, Marco Antônio da Silva, no sentido de que **este Tribunal de Contas, nos termos do Acórdão 399/2013**, exarado nos autos do Processo TC nº **5615/2012**, **autorizou o Município de Vila Velha a promover a abertura de processo seletivo simplificado** para preenchimento do quantitativo de vagas necessárias na Secretaria Municipal de Assistência Social, a ser avaliado quando da **realização do concurso, que deveria ocorrer no prazo improrrogável máximo de 18 meses, sob pena de imposição de multa.**

Despacho prévio deste Conselheiro Relator (60555/2017-6), às fls. 12, realizou o exame prévio de admissibilidade do pedido de reexame, previsto no art. 288, XVI do Regimento Interno desta Corte, com remessa dos autos à Secex Recursos para instrução.

A Secex Recursos proferiu a Instrução Técnica de Recurso 287/2017 sugerindo o conhecimento do recurso e a notificação dos responsáveis para apresentarem contrarrazões, o que foi acolhido por este Relator conforme a Decisão Monocrática 1783/2017 (fls. 24 -26).

Publicadas as notificações no Diário Oficial Eletrônico deste Tribunal no dia 24/11/2017, o Senhor Rafael Favatto Garcia protocolizou a petição de fls. 31 – 39, subscrita por advogado, sem, contudo, estar acompanhada de instrumento procuratório.

Conforme informação prestada pela Secretaria Geral das Sessões, o Senhor Rafael Favatto apresentou tempestivamente suas contrarrazões e os Senhores Rodney Rocha Miranda e Severino Alves da Silva Filho não o fizeram, tendo se esgotado o prazo legal.

Nova manifestação do Núcleo de Recursos e Consultas, conforme Instrução Técnica de Recurso nº 00084/2018-1, opinou pelo provimento do recurso, para o fim de reformar o Acórdão recorrido e manter a irregularidade referente às contratações temporárias realizadas, por intermédio do Processo Seletivo Simplificado nº 01/2013.

O Ministério Público Especial de Contas, nos termos do Parecer nº 01572/2018-4 pugnou pelo conhecimento e provimento do Recurso, acompanhando o opinamento técnico.

Na sessão 18ª sessão plenária de julgamento, realizada no dia 12/06/2018, o Dr. Altamiro Tadeu Frontino, apresentou sustentação oral em favor do Sr. Rafael Favatto Garcia, com juntada de memorial, tendo em seguida os autos sido encaminhados ao Núcleo de Recursos e Consultas - NRC, para manifestação, nos termos regimentais.

O NCR consolidou sua análise por meio da Instrução Técnica de Recurso 205/2018, mantendo seu opinamento inicial pelo provimento do pedido de reexame, assim como o Ministério Público de Contas, que reiterou seu parecer de fls. 56.

Assim vieram os autos a este Gabinete para emissão de voto.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Preliminares

2.1.1 Tempestividade e regularidade da representação por advogado

O defendente, Senhor Rafael Favatto, alega, preliminarmente, que suas **contrarrrazões não foram analisadas** pelo Núcleo de Recursos que as considerou intempestivas e que seus procuradores não haviam juntado mandato aos autos.

A **ITR 205/2018** reconhece que assiste razão ao defendente, uma vez que não foi levada em consideração, a Decisão Plenária nº 14/2016, publicada no dia 1º de dezembro de 2016, que suspendeu os prazos desta Corte de Contas, entre os dias 21 de dezembro de 2017 e 21 de janeiro de 2018. Quanto à ausência de procuração nos autos, verifica-se que foi sanada, pela juntada posterior.

Assim, declaram-se **tempestivas as contrarrrazões** protocolizadas nesta Corte, em 22 de janeiro e regular a representação do advogado.

2.1.2 Ilegitimidade passiva no pedido de reexame por não figurar no pólo passivo do processo que lhe deu origem

O defendente argumenta ainda sua **ilegitimidade para figurar no pólo passivo** deste pedido de reexame, uma vez que não figurou no pólo passivo da Representação proposta pelo Ministério Público – processo TC 7863/2013 – o que implicaria em expansão da esfera subjetiva da demanda, para além da delimitação

prevista, já que, conforme afirmou, a autoria deve estar adstrita à peça de ingresso, que por sua vez, não o incluiu.

A ITR 205/2018 se reporta à análise contida na Manifestação Técnica 788/2016-2, nos autos do Processo TC 7863/2013, no sentido de a atuação da área técnica, na instrução de um processo de denúncia ou representação não se encontra delimitada subjetiva ou objetivamente pelos fatos narrados na peça inaugural, uma vez que a matéria tratada é de ordem pública, face ao interesse público contido na necessidade de controle dos recursos e atos de gestão.

Assim, a Instrução Técnica Inicial pode aprofundar o exame dos fatos e responsáveis, independentemente de terem sido relatados na denúncia ou representação.

Acresce que a Representação não é a peça inaugural, mas tão somente uma provocação à investigação desta Corte, que poderia, inclusive, agir de ofício.

A ITR opina pelo não acolhimento da preliminar de ilegitimidade.

2.1.3 Ilegitimidade passiva *ad causam* em razão da ausência de competência para praticar o ato

O Senhor Rafael Favatto Garcia alegou, tanto em contrarrazões como em sustentação oral, que o processo seletivo simplificado não foi conduzido pela Secretaria de Assistência Social, pasta pela qual respondia, e sim, pela **Secretaria de Administração, que homologou o procedimento**, não podendo, portanto, conforme argumentou, ser atribuída a ele a conduta irregular.

Mesmo porque, segundo argumentou o Recorrido, a Secretaria de Assistência Social informou à Secretaria de Administração, sobre a necessidade de pessoal, cabendo a esta última avaliar a viabilidade e a possibilidade de se aproveitar pessoal aprovado por meio do Edital nº 003/2012, até porque, conforme afirmou, a previsão do edital era de que a posse dos candidatos aprovados se daria na própria Secretaria de Administração e dali os servidores aprovados seriam direcionados a outras

secretarias.

Conforme relata o Recorrido, havia um concurso (edital nº 003/2012), realizado com a finalidade de provimento de vagas e formação de cadastro de reserva, para cargos da **área de saúde**, de modo que somente não sendo aproveitados na área da saúde é que os servidores poderiam ser direcionados para outras secretarias e que essa decisão caberia à Secretaria de Administração.

O Recorrido destaca que, sendo o ato inquinado de irregularidade o não aproveitamento de servidores concursados, somente o Secretário de Administração poderia ser responsabilizado e não o de Assistência Social, eis que a decisão de aproveitar ou não os aprovados, não estava em sua esfera de competência.

Conforme afirma a ITR 205/2018 que analisou os argumentos de defesa oral, os mesmos argumentos já haviam sido examinados na Manifestação Técnica 00788/2016-2, nos autos do Processo TC 7863/2013, que às fls. 439/440, nos seguintes termos:

A Lei Municipal 3961/2002, citada pela defesa, dispõe sobre a estrutura administrativa da Prefeitura Municipal de Vila Velha, sendo que o seu art. 25, II, atribui à Secretaria de Administração a competência para a coordenação das atividades de recrutamento de pessoal. Entretanto, a existência do comando legal, não é suficiente para elidir o fato de que a contratação de servidores temporários foi solicitada pelo então Secretário de Assistência Social e ora defendente, conforme apontado na ITI 1337/2015 e confessado nos memoriais de fls. 399-405, senão vejamos: [...] Nesse interim cabe o registro que a conduta e demais elementos descritos na ITI 1337/2015 como embasadores da responsabilização do Senhor Rafael Favatto Garcia pela “burla ao concurso público”, foram assim indigitados: conduta: solicitar à Semad a realização de Processo Seletivo nº 1/2013, para a contratação temporária de cargos correspondentes a atividades permanentes da Administração Pública, que deveriam ser preenchidos via concurso público. Nexó: a conduta possibilitou a indevida contratação temporária de atividades permanentes, burlando o exigível concurso público. Culpabilidade: era exigível conduta diversa, uma vez que cabe ao agente público agir com o

máximo de zelo para que não haja nenhum descumprimento legal. **Percebe-se assim, que a responsabilização do ora defendente não se deveu pela condução do processo seletivo simplificado ou pelo empossamento dos servidores contratados temporariamente, resultando evidente que a conduta do senhor Rafael Favatto Garcia, ao solicitar a contratação de temporários, foi decisiva pra a configuração da burla ao concurso público 03/2012 e preterição dos candidatos nele aprovados, fato que pode ser analisado até mesmo sob o prisma do princípio da causalidade, equivalendo dizer que, caso o defendente não houvesse solicitado a contratação temporária não teria sido, evidentemente, responsabilizado pelo evento.**

Assim, quanto ao presente argumento, a ITR 205/2018 assim concluiu:

Pode-se, portanto, verificar, conforme já examinado nos autos, que a conduta irregular do Recorrido foi solicitar o processo seletivo, para a contratação de temporários, mesmo existindo concurso público válido, com candidatos aguardando nomeação.

De fato, o procedimento da contratação temporária foi realizado pela Secretaria de Administração, conforme afirmou o Recorrido, mas isso não elidiu a sua responsabilidade de verificar, antes de solicitar o procedimento para a contratação temporária, a existência de concurso público válido, capaz de prover as vagas necessárias.

Tal conduta burla a Constituição Federal, que expressamente prevê a necessidade de concurso público, para provimento de cargos na Administração Pública, sendo a contratação temporária excepcional.

Opina-se pelo não acolhimento dos argumentos do Recorrido.

2.2 Quanto ao mérito:

A suposta autorização conferida à Administração Municipal de Vila Velha, pelo Acórdão TC 399/2013, proferido nos autos do processo TC 5615/2012, para a

realização de processo seletivo simplificado para contratação temporária – limites e condições.

O Senhor Rafael Favatto Garcia alega que o Acórdão TC 399/2013 (processo TC 5615/2012), permitiu que fosse realizado o Processo Seletivo Simplificado nº 001/2013, o que no mérito, afastaria a irregularidade.

Conforme cita a ITR 205/2018, esta matéria também já foi apreciada na Manifestação Técnica nº 00788/2016-2, nos autos do Processo TC 7863/2013, nos seguintes termos:

[...] De fato o Acórdão TC 399/2013, exarado em 06/08/2013 nos autos do processo TC 5615/2012, autorizou o município a realizar “Processo Seletivo Simplificado” para preenchimento de vagas na Secretaria Municipal de Assistência Social, entretanto, determina, também, a realização de concurso público no “[...]prazo improrrogável máximo de 18 meses [...]” **Porém, não foi informado naqueles autos sobre o fato de já ter a Administração Municipal realizado Concurso Público (Edital nº 03/2012, fls. 35-66), cujos candidatos foram aprovados para cargos que atenderiam à Secretaria Municipal de Assistência Social, circunstância que passou despercebida quando proferido o Acórdão TC 399/2013.** Dessa forma, o exame criterioso das condições fáticas existentes à época da prolação do Acórdão TC 399/2013, quais sejam, a existência de candidatos aprovados em regular concurso público e de cargos vagos na Secretaria Municipal de Assistência Social, não pode levar a outra conclusão senão a de que houve desatendimento ao princípio constitucional do concurso público. Nesse interim, vale enfatizar, que o teor do **Acórdão TC 399/2013 continha um verdadeiro conteúdo pragmático, eis que autorizava a contratação de temporários, via processo seletivo simplificado, enquanto não se realizasse concurso público, deixando claro que o objetivo principal do julgado fora promover o primado consagrado no art. 37, II, da Constituição da República, que teria sido observado caso a Administração Municipal procedesse à nomeação dos candidatos que já se encontravam aprovados no Concurso Público nº 03/2012, fato, evidentemente, de conhecimento do ora defendente.** Evidente que o valor

maior tutelado pelo Acórdão 399/2013 foi a obediência a regra constitucional que determina a realização de concurso público para o provimento de cargos na Administração, regra esta que não foi observada pelo Executivo Municipal de Vila Velha. É preciso ter claro que a irregularidade identificada nos presentes autos refere-se a inobservância ao princípio constitucional do concurso público, de sorte que a autorização de realização do processo seletivo simplificado e consequente contratação dos servidores temporários, emanada do Acórdão TC 399/2013, não se afigura como motivo suficiente para seu desatendimento eis que, à época da prolação do julgado, já existiam candidatos aprovados no concurso público nº 03/2012 que foram preteridos em favor da contratação de servidores temporários. (Grifo nosso)

No mesmo sentido, a análise realizada pela equipe técnica, por ocasião da Instrução Técnica Conclusiva nº 5410/2015, assim opinou:

A outra quadra, o processo que mais se aproxima do presente feito é o TC 5615/2012, que trata da mesma Secretaria de Assistência Social, cujo Acórdão tombado sob o número 399/2012, permitiu que fosse realizado o processo seletivo simplificado nº 001/2013, ao tempo em que concedeu o prazo improrrogável máximo de 18 meses para a realização do concurso público e substituição dos servidores temporários, já que constada abuso na contratação temporária, já que efetivada indiscriminadamente e sem atendimento dos requisitos constitucionais. **Pior, a Administração Municipal ao tomar ciência do referido Acórdão e da obrigação de realizar concurso público, já tinha realizado concurso público para a Secretaria de Saúde, cujo edital de nº 03/2012 previa o aproveitamento dos aprovados em qualquer secretaria da municipalidade com cargo similar, ainda assim, optou por realizar o processo seletivo simplificado autorizado pelo Acórdão, mas previu as mesmas vagas do concurso, com candidatos aprovados, no processo seletivo simplificado terminando ao final, por contratar temporários em detrimento da nomeação dos aprovados.** (Grifo nosso)

Assim como a ITR 205/2018, observo que embora de fato o Acórdão TC 399/2013 tenha autorizado o município de Vila Velha a realizar o processo seletivo simplificado para a contratação de temporários, essa autorização não foi concedida de forma ilimitada ou incondicionada; pelo contrário, **havia um limite temporal de 18 meses, para que fosse deflagrado o concurso público, o que era também uma condição para a validade das contratações temporárias.**

Como bem se observou, quando o Acórdão TC 399/2013 foi publicado a Administração Municipal já tinha realizado concurso para a Secretaria de Saúde, com previsão de aproveitamento dos aprovados em qualquer outra secretaria, para cargos similares. Mesmo assim, os responsáveis optaram por realizar processo seletivo, prevendo as mesmas vagas possíveis de serem ocupadas pelo concurso já realizado, para a contratação de temporários.

Deve-se ter em mente, também, que a autorização desta Corte de Contas teve como premissa a necessidade alegada de servidores para a continuidade dos serviços públicos essenciais e somente foi concedida por esta razão, dado o desconhecimento por parte deste Tribunal, da existência de candidatos aprovados em concurso público válido, que aguardavam as nomeações para os cargos.

Da ITC 205/2018, transcrevo:

Não existiu, portanto, autorização para a realização de contratações temporárias, a revelia da previsão constitucional, para ocupar cargos a serem providos por concurso público válido, mas, diversamente, este Tribunal, desconhecendo a existência de concurso anterior para o preenchimento das vagas, o que era obrigação dos ordenadores de despesas informar, autorizou a realização de processo simplificado, para a contratação de temporários, enquanto providenciado o concurso público.

Opina-se, portanto, pela manutenção da irregularidade, e, por consequência, pelo não acolhimento dos argumentos do Recorrido.

Analisados todos os argumentos suscitados pelo Recorrido em suas contrarrazões, bem como os trazidos pelo Defendente em sede de Sustentação Oral e Memorial, conclui-se pelo não acolhimento dos mesmos,

opinando-se pelo provimento do Pedido de Reexame, para o fim de reformar o Acórdão recorrido, mantendo-se a irregularidade acerca da contratação temporária e, por consequência, as penalidades decorrentes.

Assim, ante todo o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, tendo em conta a fundamentação até aqui expendida, **acompanho o entendimento do Núcleo de Recursos e Consultas, contido Instrução Técnica de Recurso ITR 205/2018 e o Parecer 3463/2018 do Ministério Público de Contas e VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte deliberação que submeto à sua consideração.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDÃO os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas pelo Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, quanto ao **Pedido de Reexame** apresentado pelo Ministério Público de Contas, pelo seu **conhecimento** e no **mérito, para que lhe seja dado provimento**, reformando-se o Acórdão TC 511/2017-Plenário, a fim de que seja mantida a irregularidade relativa às contratações temporárias realizadas por intermédio de processo seletivo simplificado 01/2013 e, por consequência, conforme requerimento formulado pelo recorrente, pela aplicação de multa pecuniária individual, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), com base no art. 135, II, da Lei Complementar 621/2012, c/c art. 178, II, do RITCEES aos senhores **Rodney Rocha Miranda**, ex-Prefeito Municipal, **Rafael Favatto Garcia**, ex-Secretário de Assistência Social e **Severino Alves da Silva**, ex-Secretário de Administração; consolidando-se, assim, o seguinte conteúdo decisório:

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-8263/2017, ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia dois de maio de dois mil e dezessete:

1. À unanimidade, nos termos do voto do relator do processo TC 7863/2013, conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, rejeitar preliminar de ilegitimidade passiva, arguida pelos Srs. Rafael Favatto Garcia e Severino Alves da Silva Filho, na forma da fundamentação constante do voto-vista;
2. À unanimidade, nos termos do voto do relator do processo TC 7863/2013, conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, rejeitar a prejudicial de inconstitucionalidade da Lei 5.121/2011 então arguida, considerando o prejulgado nos autos do processo TC 6661/2011, a ser aplicado ao presente caso, nos termos do art. 335, da Resolução TC 261/2013, conforme fundamentado, constante do voto-vista;
3. Por unanimidade, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, seja mantida a irregularidade relativa às contratações temporárias realizadas por intermédio de processo seletivo simplificado 01/2013, tratada no item 3.1 da ITC 5410/2015 - burla ao Concurso Público - e, por consequência, conforme requerimento formulado pelo recorrente, pela aplicação de multa pecuniária individual, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), com base no art. 135, II, da Lei Complementar 621/2012, c/c art. 178, II, do RITCEES aos senhores **Rodney Rocha Miranda**, ex-Prefeito Municipal, **Rafael Favatto Garcia**, ex-Secretário de Assistência Social e **Severino Alves da Silva**, ex-Secretário de Administração
4. Dar ciência ao representante e aos advogados constituídos dos representados.

5. Arquivar os presentes autos após o trânsito em julgado.