

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

ORIENTAÇÃO

SEI: 19.20.0282.0008739/2020-25

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSOS PÚBLICOS. INDÍCIOS DE PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. CONTRATOS TEMPORÁRIOS. EXONERAÇÃO. NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS PARA CARGO EFETIVO. MESMO QUANTITATIVO DE TEMPORÁRIOS. LC 173/2020. NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS SOMENTE PARA CARGOS PROVENIENTES DE VACÂNCIA.

Trata-se de **Mensagem Eletrônica**, oriunda da Promotoria de Justiça do Município de Pedra, dirigida ao Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Defesa do Patrimônio Público e Terceiro setor, no tema: **Concursos Públicos e Lei Complementar nº173/20**.

Por ocasião da Mensagem eletrônica, a Promotoria de Justiça de Pedra, em resposta ao material de apoio enviado por este CAOP no mesmo tema, deu ciência do que segue abaixo transcrito:

"Excelente material. A fundamentação apresentada contribui muito para a nossa atuação. No município da Pedra/PE, contudo, deparei-me com uma situação que não vislumbrei na nota técnica.

A gestão municipal continuou contratando temporariamente professores para educação fundamental (ou seja, sem relação com os investimentos de saúde de enfrentamento à pandemia). Nesse cenário, o concurso encontrava-se/encontra-se com o prazo de validade em curso e cargos vagos previstos em edital. Em ações judiciais ingressadas pelos candidatos aprovados adotei posicionamento, em pareceres, no sentido de que a municipalidade exonerasse os temporários contratados após a homologação do

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

*concurso e, devido à comprovação da necessidade e a preterição dos aprovados, nomeasse tão somente os aprovados na mesma quantidade de contratos temporários realizados. **Apenas para conhecimento, encaminho duas manifestações que fiz, uma favorável e outra contrária à pretensão de nomeação.** No procedimento preparatório que tenho na PJ, vou adotar a recomendação acima para reforçar a necessidade de suspensão do concurso.*

Atenciosamente,

Raul Lins Bastos Sales Promotor de Justiça de Pedra/PE”

Por oportuno, salutar breves considerações sobre a possibilidade, em tese, do Município de Pedra nomear candidatos aprovados em concurso público em número correspondente à quantidade de prestadores de serviços com contrato temporário.

A Lei Complementar nº 173/2020 determinou restrições à admissão de pessoal pelo Poder Público, de modo a evitar a ampliação da despesa pública, durante a Pandemia da COVID-19. O diploma estabeleceu o que segue abaixo destacado:

*“Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 **ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:***

(...)

IV - admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares;”

Passando a análise dos aspectos materiais, deduz-se da lei que somente poderão ocorrer nomeações de servidores para cargos efetivos, nas hipóteses em que a vaga a ser preenchida pelo novo servidor, decorreu de vacância. Dessa maneira, as nomeações para provimento de cargos efetivos somente são permitidas para ocupação de cargos decorrentes de vacância.

Oportunamente, nesse ponto, esclareço que os casos de vacância, aptos a justificar as nomeações, são aqueles previstos na lei que disciplina o regime jurídico dos servidores do ente federado. A título de exemplo, o Estatuto dos servidores públicos federais (art. 33 da Lei 8.112/90) prevê, entre as causas de vacância, o falecimento e a posse em cargo público inacumulável.

Ainda, **reitero que o preenchimento do cargo decorrente de vacância implica reposição e não novo provimento.** Logo, afasta-se a possibilidade de nomeação para primeiro provimento de cargos públicos, ou seja, daqueles criados, mas nunca preenchidos. Nesses termos também cito o parecer da Procuradoria-Geral do Distrito Federal¹.

Nesse sentido, com relação aos concursos públicos já ultimados e homologados, nas hipóteses em que o edital previu vagas para primeiro provimento de cargos públicos, recomenda-se que a Administração, com fundamento na vedação do inciso IV do art. 8º da Lei Complementar nº 173/2020, abstenha-se de efetuar a nomeação de candidatos aprovados para preenchimento desses cargos públicos nunca providos, **restando a possibilidade de nomeação para reposição de cargos que se tornaram vagos ou que vierem a vagar por consequência de**

1 Disponível em:
http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/26da7cae234349b781a1a846c8aca417/%20pgdf_parecer_referencial_000008_2020.html

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

aposentadoria, falecimento, exoneração, demissão, outras hipóteses de perda do cargo previstas constitucionalmente, posse em cargo inacumulável e promoção.

Nessa linha, o TCE-SC, através de Medida Cautelar, suspendeu a posse de 17 Procuradores do Estado e de 90 auditores fiscais da Fazenda. A medida teve por fundamento a Lei Complementar 173/2020, que segundo o a Corte de Contas, concedeu auxílio financeiro aos Estados e Municípios, mas impôs condições no sentido de conter a expansão das despesas, em especial as relativas a atos de pessoal, até 31 de dezembro do ano de 2021. Vejamos o destaque do site institucional²:

"O Tribunal de Contas de Santa Catarina (TCE/SC) suspendeu nesta sexta-feira (10/7), de maneira cautelar, a posse de 17 procuradores do Estado e de 90 auditores fiscais da Fazenda. A decisão do Conselheiro Relator Herneus De Nadal atendeu a pedido das diretorias de Atos de Pessoal (DAP) e de Contas de Governo (DCG) do Tribunal, que se mostraram preocupadas com novas despesas permanentes que o Executivo estaria assumindo em meio a um cenário que recomenda a contenção de gastos, com a conseqüente redução de receita decorrente da pandemia de Covid-19, e também com base na Lei Complementar 173/2020, que entre as medidas restringe a contratação de pessoal."

Noutro giro, o TCE-MS³, em sede de Consulta, esclareceu que a vacância apta a justificar a nomeação de novo servidor pode ter ocorrido a qualquer tempo. **Desse modo, não é relevante analisar o lapso**

2 Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/de-forma-cautelar-tcesc-suspende-nomea%C3%A7%C3%A3o-de-procuradores-do-estado-e-auditores-fiscais-da-receita>. A notícia não disponibilizou o número do processo para consulta.

3 Disponível em: <http://www.tce.ms.gov.br/Jurisprudencia/viewers/pdfjs/viewer.html?name=PAC00%20-%203-2020.pdf&file=%2FJurisprudencia%2Fdocument%3FdocumentType%3Dcmis%3Adocument%26objectId%3Dc92b69b7-61d2-4213-be74-3ba88765590d>

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

temporal decorrido entre a vacância e a nova nomeação. Basta que haja a vacância que restará justificado o provimento por nomeação.

Vejam os excertos da consulta:

"Quanto à reposição de pessoal em cargos em comissão, efetivos e vitalícios, há marco temporal da vacância? Em caso positivo, qual? Em outras palavras, uma vez ocupado o cargo e estando vago, independente do lapso temporal transcorrido, será possível a reposição?"

RESPOSTA:

Não. O inciso IV do artigo 8.º da Lei Complementar n. 173/2020 proíbe a admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, mas ressalva, entretanto, as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares. A referida disposição não traz consigo qualquer menção a eventual marco temporal, pelo que se entende simplesmente pela ocorrência de vacância no cargo como condição permissiva à sua reposição cargo como condição permissiva à sua reposição. (grifos nossos)

Outrossim, é importante ressaltar que as nomeações sofrerão também as restrições do art. 21 da Lei Complementar nº 101/00 e do art. 73 da Lei nº 9.504/97.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

A Lei nº 9.504/1997 (Lei Eleitoral) disciplina aspectos orçamentários a serem observados no final de mandatos. De igual forma, o art. 21 da Lei Federal nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), dedica especial atenção aos atos dos administradores no final de mandato, objetivando conter despesas excessivas nesse período, que culminem no comprometimento de metas estabelecidas.

Primeiramente, O art. 73, inciso V da lei nº 9.504/97 dispõe expressamente o que se segue:

Art. 73 São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais: ...

V - nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, ex officio, remover, transferir ou exonerar **servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados:**

a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança;

b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República;

c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo;

d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo;

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

*e) a transferência ou remoção ex officio de militares,
policiais civis e de agentes penitenciários;*

Assim, em regra, os titulares de cargos eletivos municipais, no ano de 2020, não poderão efetivar nomeações nos 3 meses que antecedem o pleito até a posse dos eleitos, ressalvadas as hipóteses excepcionais previstas na Lei nº 9.504/97. Caso contrário, o Gestor Público poderá responder pela prática de ato de improbidade administrativa por ofensa aos princípios da Administração Pública, nos termos do art. 73, § 7º da Lei nº 9.504/97. Vejamos o dispositivo⁴:

art. 73, § 7º As condutas enumeradas no caput caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III.

Outrossim, o art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal, alterado pela Lei Complementar nº 173/2020, por sua vez, impõe nulidade aos atos que

4 Vejamos também resposta à Consulta pelo TSE sobre o tema: “Consulta. Recebimento. Petição. Art. 73, V, Lei no 9.504/97. Disposições. Aplicação. Circunscrição do pleito. Concurso público. Realização. Período eleitoral. Possibilidade. Nomeação. Proibição. Ressalvas legais. 1. As disposições contidas no art. 73, V, Lei no 9.504/97 somente são aplicáveis à circunscrição do pleito. 2. Essa norma não proíbe a realização de concurso público, mas, sim, a ocorrência de nomeações, contratações e outras movimentações funcionais desde os três meses que antecedem as eleições até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito. 3. A restrição imposta pela Lei no 9.504/97 refere-se à nomeação de servidor, ato da administração de investidura do cidadão no cargo público, não se levando em conta a posse, ato subsequente à nomeação e que diz respeito à aceitação expressa pelo nomeado das atribuições, deveres e responsabilidades inerentes ao cargo. 4. A data limite para a posse de novos servidores da administração pública ocorrerá no prazo de trinta dias contados da publicação do ato de provimento, nos termos do art. 13, § 1o, Lei no 8.112/90, desde que o concurso tenha sido homologado até três meses antes do pleito conforme ressalva da alínea c do inciso V do art. 73 da Lei das Eleições. 5. A lei admite a nomeação em concursos públicos e a consequente posse dos aprovados, dentro do prazo vedado por lei, considerando-se a ressalva apontada. Caso isso não ocorra, a nomeação e consequente posse dos aprovados somente poderão acontecer após a posse dos eleitos. 6. Pode acontecer que a nomeação dos aprovados ocorra muito próxima ao início do período vedado pela Lei Eleitoral, e a posse poderá perfeitamente ocorrer durante esse período. 7. Consoante exceções enumeradas no inciso V, art. 73, as proibições da Lei no 9.504/97 não atingem as nomeações ou exonerações de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança; as nomeações para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais ou conselhos de contas e dos órgãos da Presidência da República; as nomeações ou contratações necessárias à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do chefe do Poder Executivo e as transferências ou remoções *ex officio* de militares, de policiais civis e de agentes penitenciários”. ([Res. nº 21.806, de 8.6.2004, rel. Min. Fernando Neves.](#))

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

provoquem aumento de despesa com pessoal ao final do mandato, incluindo, desse modo nomeações para cargos de provimento efetivo. Vejamos o dispositivo:

Art. 21. É nulo de pleno direito:

I - o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda: a) às exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar e o disposto no inciso XIII do caput do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição Federal; e b) ao limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo;

II - o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20;

III - o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal que preveja parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20;

IV - a aprovação, a edição ou a sanção, por Chefe do Poder Executivo, por Presidente e demais membros da Mesa ou órgão decisório equivalente do Poder Legislativo, por Presidente de Tribunal do Poder Judiciário e pelo Chefe do Ministério Público, da União e dos Estados, de norma legal contendo plano de alteração, reajuste e reestruturação de carreiras do setor público, ou a edição de ato, por esses agentes, para nomeação de aprovados em concurso público, quando: (Destaques não são do original) a) resultar em aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo; ou b) resultar em aumento da despesa com

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

pessoal que preveja parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo.

§ 1º As restrições de que tratam os incisos II, III e IV: I - devem ser aplicadas inclusive durante o período de recondução ou reeleição para o cargo de titular do Poder ou órgão autônomo; e II - aplicam-se somente aos titulares ocupantes de cargo eletivo dos Poderes referidos no art. 20.

§ 2º Para fins do disposto neste artigo, serão considerados atos de nomeação ou de provimento de cargo público aqueles referidos no § 1º do art. 169 da Constituição Federal ou aqueles que, de qualquer modo, acarretem a criação ou o aumento de despesa obrigatória.

O TCM-BA⁵ ao interpretar os dispositivos asseverou que das alterações do art. 21 da LRF, introduzidas pelo art. 7º da LC nº 173/2020, infere-se que não deverão ocorrer nomeação de aprovados em concurso público, quando estas resultarem em aumento de despesa. Cabendo por bem ressaltar que, ocorrendo vacância de cargos, não há falar-se em aumento de despesa, vez que ocorrerá a reposição de servidor.

De todo o exposto, concluo que o Gestor Público, antes de proceder as nomeações dos candidatos aprovados em concurso público, deve observar o art. 73, da Lei nº 9.504/97, o art. 21 da Lei Complementar nº101/00 e o art. 8º da Lei Complementar nº 173/20. Desse modo, sobre a quantidade de candidatos nomeados entendo que, além de guardar correspondência com a necessidade de serviço, deve também observar o *quantum* de cargos vagos, decorrentes de vacância, existentes no quadro de servidores do Município, nos termos do que permite o art. 8º da Lei Complementar nº 173/20.

5 Disponível em: <https://www.tcm.ba.gov.br/wp-content/uploads/2020/06/dam-concurso-em-ano-eleitoral.pdf>

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CENTRAL DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DO PATRIMÔNIO
PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Importante ressaltar que nos termos artigo 23, da Lei Orgânica deste Ministério Público, este Centro de Apoio Operacional possui as atribuições ali dispostas, notadamente de *“remeter informações técnico-jurídicas, sem caráter vinculativo, aos órgãos ligados à sua atividade”*, sendo-lhe vedado o exercício de qualquer atividade de órgão de execução. Nessa senda, as orientações prestadas por esse CAOP não têm caráter vinculativo e observam a independência funcional dos Promotores de Justiça, nos termos do art. 127, § 1, da CF/88.

Recife, 24 de setembro de 2020.

Coordenadora CAOP-PPTS