

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: CONSÓRCIO PÚBLICO INTERFEDERATIVO DE SAÚDE DA REGIÃO DE SANTO ANTÔNIO DE JESUS E CRUZ DAS ALMAS, BAHIA – RECONVALE

PROCESSO Nº 05079e21

PARECER Nº 00510-21

EMENTA: REALIZAÇÃO DE CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO À LUZ DOS DITAMES CONTIDOS NA LEI COMPLEMENTAR Nº 173/20. PELA POSSIBILIDADE. A alternativa que se revela adequada ao Ordenamento Jurídico, no tocante à admissão de pessoal para prestação de serviços que compõem atividade-fim da Administração, consiste na contratação temporária fundamentada em legítima e comprovada situação de excepcional interesse público, estampada no artigo 37, IX, da Lei Fundamental, uma vez que esta modalidade de admissão do Poder Público não resta incompatível com as regras insertas na LC 173. Como se pode depreender da leitura do inciso IV, do art.8º, da Lei Complementar nº 173/2020, a norma fez uma ressalva, permitindo a contratação de pessoal com base no inciso IX, do caput, do art.37, Constituição Federal.

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. Adailton Campos Sobral, Presidente do Consórcio Público Interfederativo de Saúde da Região de Santo Antônio de Jesus e Cruz das Almas, Bahia - RECONVALE, endereçada ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob nº 05079e21, afirmando em tempo que está realizando processo seletivo simplificado, nas condições estabelecidas no Edital nº. 001/2021, tendo como objetivo contratar pessoal para provimento de empregos/funções em regime de substituição/reposição e preenchimento de vagas da Policlínica de Saúde, em atendimento aos termos do Contrato de Programa aprovado em 2020, para o exercício de 2021, questionando em tempo:

“1. O presente Processo Seletivo Simplificado (Edital nº 001/2021), embora harmonizado com o inciso IV do artigo 8º. da Lei Complementar 173/2020, por implicar no aumento de despesa, contraria a referida Lei?

2. Diante da necessidade de cumprimento do Contrato de Programa aprovado para o exercício corrente, e das disposições estatutárias, com vistas à Lei Complementar supra, existe impedimento de ordem legal para execução do

preenchimento de todas as vagas disponibilizadas no processo seletivo e das futuras contratações nele revistas?

3. Todas as vagas ofertadas no presente processo poderão ser providas no presente exercício, ou seja, de imediato?

4. Só as vagas de substituição/reposição que já vinham sendo exercidas em 2020, poderão ser preenchidas?

5. Caso haja impedimento no preenchimento de novas vagas de imediato, essas poderão ser ocupadas a partir de 01/01/2022, utilizando esse mesmo procedimento de Seleção Simplificada (Edital 001/2021)?”

Inicialmente, importante registrar que os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, **são confeccionados sempre em tese**, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante de caso concreto.

As orientações traçadas neste opinativo possuem o condão de elucidar, em linhas gerais, eventuais dúvidas a respeito da exegese das normas especiais que estão surgindo no cenário da calamidade pública oriunda da pandemia da COVID-19, sem a pretensão de esgotar o tema.

Ademais, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Cabe-nos registrar, que é de conhecimento geral que, no dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) caracterizou a COVID-19 como pandemia. O Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101/00, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República, com efeitos até 31 de dezembro de 2020 (ou até a revogação do estado de calamidade).

Portanto, **todos os entes, administração direta e indireta, estão sujeitos às regras da Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020** que *“Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid – 19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências”*.

Pois bem; em face deste cenário calamitoso, o TCM/BA já orientou diversos jurisdicionados por meio de pareceres consultivos, todos de consulta livre no portal do

Tribunal. Sobre a temática abordada, verifica-se que já houve orientação desta Corte de Contas no “Painel de Informações Coronavírus”, consultas DAM/AJU – Parecer DAM Concurso em Ano Eleitoral¹, cujo trecho destacamos:

A Lei federal nº 9.504/1997 (Lei Eleitoral) disciplina a respeito de alguns aspectos orçamentários e financeiros a serem observados no final de mandato. De igual forma, a 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.

O art. 73, inciso V da lei nº 9.504/1997 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:** (Grifos adotados).

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

É pacífico o entendimento, adotado inclusive pelo TSE, que o dispositivo legal anteriormente destacado não proíbe a realização de concursos públicos, e sim a nomeação de servidor, nos 3 meses que antecedem o pleito eleitoral até a posse dos eleitos – ou seja, a partir de julho de 2020, neste caso, considerando a data prevista para a eleição, sem a ocorrência de adiamento.

O art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal, alterado pela Lei Complementar nº 173/2020, por sua vez, impõe nulidade aos seguintes atos dos agentes públicos:

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

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

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: (Destques 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 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.

Das alterações do art. 21 da LRF, introduzidas pelo art. 7º da LC nº 173/2020, entendemos que, a partir de julho de 2020, não deverá ocorrer nomeação de aprovado sem concurso público, quando esta resultar em aumento de despesa. Cabe por bem ressaltar que, ocorrendo vacância de cargos (a exemplo de exoneração, morte ou aposentadoria), não há falar-se em aumento de despesa, vez que ocorrerá substituição de servidor.

Por fim, cabe destacar os demais dispositivos da Lei Complementar nº 173/2020 que impactam diretamente na realização de concursos públicos, quais sejam, art. 8º, II, IV e V e §§ 1º e 3º, e art. 10.

O art. 8º impede os Municípios, até 31 de dezembro de 2021, de criar cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa (inciso II); estende tal proibição a admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, ressalvadas dentre outras hipóteses, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios (inciso IV), bem como a realização de concursos públicos, exceto para a reposição de vacâncias mencionadas no inciso IV (inciso V). O §1º deste artigo disciplina as contratações temporárias para combate à pandemia (não se aplicando à presente consulta), e o §3º que autoriza a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual a tratar de concursos públicos, contratação de servidores, criação de cargos, dentre outros, desde que sejam implementados após 31 de dezembro de 2021.

Assim, respondendo ao que foi indagado, **TEM-SE QUE NÃO HÁ IMPEDIMENTO LEGAL PARA QUE O MUNICÍPIO CONTRATE EMPRESA PARA REALIZAR CONCURSO PÚBLICO, DESDE QUE OBSERVE AS VEDAÇÕES CONSTANTES**

DAS LEIS ELEITORAL, LRF E LC Nº 173/2020, OU SEJA, O CONCURSO DEVE SER PARA OCUPAÇÃO DE VACÂNCIAS E NÃO CARGOS NOVOS; NÃO DEVERÁ OCORRER AUMENTO DE DESPESA; AS NOMEAÇÕES SOMENTE OCORRERÃO APÓS O PERÍODO LEGAL E, POR FIM, O MUNICÍPIO DEVE REALIZAR UM ESTUDO PRELIMINAR, A FIM DE IDENTIFICAR O IMPACTO DA DESPESA COM A CONTRATAÇÃO DA EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DO CONCURSO E A NECESSIDADE DO CERTAME EM TEMPOS PANDÊMICOS E PRÉ-ELEITORAIS. (grifos aditados)

Portanto, até 31 de dezembro de 2021, após a edição das vedações trazidas pelo art. 8º da Lei Complementar nº 173 de 2020, conforme disposto no parecer supramencionado, restou proibida a realização de concurso público no que se referem às nomeações que resultem em aumentos de despesa, ocupação de cargos (empregos ou função) novos, **sendo admitidas somente as reposições de vacâncias.**

Esse também é o entendimento do professor e também auditor de Finanças e Controle do Tesouro Nacional, Paulo Henrique Feijó, no seu artigo “Impactos Fiscais da Lei Complementar 173” publicado no e-book Finanças Públicas em Tempos de COVID-19, da Editora e Livraria Gestão Pública²:

Vale ressaltar que, agora, a ação que aumentar a despesa com pessoal, inclusive a nomeação de aprovados em concurso público, para que tenha efeito, deverá ocorrer até 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo. Observa-se que as alterações do art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal, dispostas no art. 7º da **LC nº 173/2020, vedam nomeação de aprovados em concurso público, quando esta resultar em aumento de despesa. Ocorrendo vacância de cargos, como nos casos de: morte; exoneração; demissão; aposentadoria, em princípio, não pode-se tratar como aumento de despesa, tendo em vista, a evidente substituição de servidor.** (2020, p. 15)

(grifos aditados)

Passando, assim, a tratar acerca da possibilidade da realização de contratação por tempo determinado, tendo em vista as vedações impostas pelo art.8º, da Lei Complementar nº 173/2020, faz-se pertinente tecermos, antes, breves comentários acerca da admissão de pessoal pela Administração Pública.

De logo, vale registrar que a exigência de realização de concurso público de provas ou de provas e títulos, como pré-requisito ao ato de admissão de pessoal pela Administração Pública, compreende mandamento constitucional estampado no artigo 37, II, da nossa Carta Magna de 1988.

² www.gestaopublica.com.br

Entretanto, a própria Lei Fundamental estabelece algumas exceções ao princípio do concurso público, a primeira delas presente na parte final do artigo 37, II, quando disciplina a nomeação para cargos de confiança, os quais estão relacionados a atribuições de direção, assessoramento e supervisão, e que, por esse motivo, caracterizam-se pela livre nomeação e exoneração.

O texto constitucional, no artigo 37, IX, ainda prevê mais uma exceção à exigência de concurso para o ingresso na carreira pública, **na medida em que o aludido dispositivo autoriza o administrador público a contratar pessoal temporariamente**, entretanto somente quando tal ato encontrar-se **fundamentado em situação de excepcional interesse público, que justifique a adoção de tal medida.**

Com efeito, a alternativa que se revela adequada ao Ordenamento Jurídico, no tocante à admissão de pessoal para prestação de serviços que compõem atividade-fim da Administração, consiste na contratação temporária fundamentada em legítima e comprovada situação de excepcional interesse público, estampada no artigo 37, IX, da Lei Fundamental, **uma vez que esta modalidade de admissão do Poder Público não resta incompatível com as regras insertas na LC 173.**

Como podemos depreender da leitura do inciso IV, do art.8º, da Lei Complementar nº 173/2020, abaixo transcrito, a norma fez uma ressalva, permitindo a contratação de pessoal com base no inciso IX, do caput, do art.37, Constituição Federal:

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:

I - conceder, a qualquer título, vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a membros de Poder ou de órgão, servidores e empregados públicos e militares, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade pública;

II - criar cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa;

III - alterar estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

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 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;

V - realizar concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV;

VI - criar ou majorar auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares, ou ainda de seus dependentes, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade;

VII - criar despesa obrigatória de caráter continuado, ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º;

VIII - adotar medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), observada a preservação do poder aquisitivo referida no inciso IV do caput do art. 7º da Constituição Federal;

IX - contar esse tempo como de período aquisitivo necessário exclusivamente para a concessão de anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio e demais mecanismos equivalentes que aumentem a despesa com pessoal em decorrência da aquisição de determinado tempo de serviço, sem qualquer prejuízo para o tempo de efetivo exercício, aposentadoria, e quaisquer outros fins.

§ 1º O disposto nos incisos II, IV, VII e VIII do **caput** deste artigo não se aplica a medidas de combate à calamidade pública referida no caput cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração.

§ 2º O disposto no inciso VII do **caput** não se aplica em caso de prévia compensação mediante aumento de receita ou redução de despesa, observado que:

Tratando mais especificamente sobre a referida contratação por tempo determinado, tem-se que para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, há circunstâncias que compelem a Administração Pública a adotar medidas de caráter emergencial para atender a necessidades urgentes e temporárias e que desobrigam, por permissivo constitucional, o Gestor de realizar um concurso público.

Nesse contexto, o artigo 37, IX, da CF estabelece que para efetivação da contratação por tempo determinado, devem estar presentes os seguintes requisitos: (I) previsão expressa em Lei; e (II) real existência de “necessidade temporária de excepcional interesse público.

Veja-se que a Carta Magna não outorgou ao Administrador Público a ampla discricionariedade para escolher livremente quando deverá contratar servidores temporários, valendo repisar, inclusive, que apenas com a superveniência de Lei regulamentadora os entes da federação poderão implementar a contratação por tempo determinado sem concurso público.

Cada ente da federação, conforme o caso, deve editar as respectivas leis, que, por sua vez, estabelecerão os casos de contratação para o atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, o prazo máximo de contratação, salários, direitos e deveres, proibição de prorrogação do contrato e nova contratação da mesma pessoa, ainda que para outra função, assim como, determinarão critérios objetivos e impessoais de recrutamento dos contratados temporariamente, a exemplo, de processo seletivo simplificado, sujeito à ampla divulgação, observada a dotação orçamentária específica.

No âmbito da União, a regulamentação do mencionado dispositivo constitucional ocorreu através da Lei nº 8.745/93, na qual estão elencadas as hipóteses de contratação temporária sem o requisito do concurso público, para atender às necessidades temporárias de excepcional interesse público.

Já na esfera Estadual, a regulamentação do mencionado inciso IX, do artigo 37, da Constituição Federal instaurou-se por meio da Lei nº 6.677/94 que, semelhante à Lei Federal, definiu as hipóteses de contratação temporária de excepcional interesse público, conforme se vê no artigo 253.

Este Tribunal de Contas, visando disciplinar a matéria, no âmbito de sua competência, aprovou o **Parecer Normativo nº 002/95**, através do qual definiu suas ações para fiscalização de admissão de pessoal para cargo ou emprego público, nos termos do artigo 37, incisos II e IX da Constituição Federal, nos seguintes termos:

“Nos precisos termos do artigo 37, II, da Constituição da República, dúvidas não se pode ter que a regra constitucional traduz-se na obrigatoriedade do concurso público, a fim de viabilizar a admissão de pessoal para cargo ou emprego público, em qualquer das esferas do Poder.

A exceção à regra nos é oferecida pelo mencionado dispositivo constitucional que ressalva as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Poder-se-á entender, em um primeiro momento, como uma outra exceção o previsto no artigo 31, IX, da Constituição.

Atente-se, não obstante, que a contratação de servidor por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, além de ser

breve autorizada por lei, NÃO EXCEPCIONAL, INDEFINIDAMENTE, A REGRA CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO.

Nesse caso, a contratação de pessoal, POR TEMPO DETERMINADO E BREVE, está condicionada ÀS NECESSIDADES TEMPORÁRIAS DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO, só podendo, por outro lado, SER EFETIVADA SE A ADMINISTRAÇÃO NÃO DISPUSER, EM SEUS QUADROS, DE PESSOAL QUE PARA TAL FIM POSSA SER REMANEJADO.

No âmbito federal, Lei nº 8.745/93, permite-se o ingresso de pessoas nos quadros funcionais de entidades da administração pública sem o requisito do concurso público para ATENDER A NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO, NOS CASOS DE CALAMIDADE PÚBLICA, COMBATE A SURTOS EPIDÊMICOS, RECENSEAMENTO, ADMISSÃO DE PROFESSOR SUBSTITUTO E PROFESSOR VISITANTE, ADMISSÃO DE PROFESSOR E PESQUISADOR VISITANTE ESTRANGEIRO E ATIVIDADES ESPECIAIS NAS ORGANIZAÇÕES DAS FORÇAS ARMADAS PARA ATENDER A ÁREA INDUSTRIAL OU A ENCARGOS TEMPORÁRIOS DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA.

Ainda assim, nos termos do artigo 3º, da lei nº 8.745/93, É IMPRESCINDÍVEL O PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO SUJEITO A AMPLA DIVULGAÇÃO, INCLUSIVE ATRAVÉS DO DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO.

O CONTRATO FIRMADO DE ACORDO COM A CITADA LEI, ARTIGO 12, EXTINGUIR-SE-Á SEM DIREITO A INDENIZAÇÃO. (...)."

Com relação aos requisitos autorizadores da contratação temporária ora analisada, insta trazer a lume os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, em "Curso de Direito Administrativo", 25ª edição, Malheiros Editores, páginas 280/281:

"A Constituição prevê que a lei (entende-se: federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso) estabelecerá os casos de contratação para o atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX). Trata-se, aí, de ensejar suprimento de pessoal perante contingências que desgarrem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos). A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é

contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo que não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, 'necessidade temporária'), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar."

No particular, merece ser reproduzido o posicionamento do E. Supremo Tribunal Federal, vejamos:

"1) A contratação temporária prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição da República não pode servir à burla da regra constitucional que obriga a realização

de concurso público para o provimento de cargo efetivo e de emprego público. 2) O concurso público, posto revelar critério democrático para a escolha dos melhores a desempenharem atribuições para o Estado, na visão anglo-saxônica do merit system, já integrava a Constituição Imperial de 1824 e deve ser persistentemente prestigiado. 3) Deveras, há circunstâncias que compelem a Administração Pública a adotar medidas de caráter emergencial para atender a necessidades urgentes e temporárias e que desobrigam, por permissivo constitucional, o administrador público de realizar um concurso público para a contratação temporária. 4) A contratação temporária, consoante entendimento desta Corte, unicamente poderá ter lugar quando: 1) existir previsão legal dos casos; 2) a contratação for feita por tempo determinado; 3) tiver como função atender a necessidade temporária, e 4) quando a necessidade temporária for de excepcional interesse público. 5) In casu, o Plenário desta Corte entreviu a inconstitucionalidade de toda a Lei nº 4.599 do Estado do Rio de Janeiro que disciplina a contratação temporária, dado o seu caráter genérico diante da ausência de uma delimitação precisa das hipóteses de necessidade de contratação temporária. Restou ressalvada a posição vencida do relator, no sentido de que apenas o art. 3º da norma objurgada conteria preceito inconstitucional, posto dúbio e dotado de trecho capaz de originar uma compreensão imprecisa, inválida e demasiado genérica, no sentido de que a própria norma por si só estaria criando os cargos necessários à realização da atividade, o que é juridicamente inviável, uma vez que referida providência dependeria de lei específica a ser aprovada diante de uma superveniente necessidade, nos termos do que previsto no art. 61, §1º, II, alínea “a”, da Constituição da República. 6) É inconstitucional a lei que, de forma vaga, admite a contratação temporária para as atividades de educação pública, saúde pública, sistema penitenciário e assistência à infância e à adolescência, sem que haja demonstração da necessidade temporária subjacente. 7) A realização de contratação temporária pela Administração Pública nem sempre é ofensiva à salutar exigência constitucional do concurso público, máxime porque ela poderá ocorrer em hipóteses em que não há qualquer vacância de cargo efetivo e com o escopo, verbi gratia, de atendimento de necessidades temporárias até que o ocupante do cargo efetivo a ele retorne. Contudo, a contratação destinada a suprir uma necessidade temporária que exsurge da vacância do cargo efetivo há de durar apenas o tempo necessário para a realização do próximo concurso público, ressoando como razoável o prazo de 12 meses. 8) A hermenêutica consequencialista indicia que a eventual declaração de inconstitucionalidade da lei fluminense com efeitos ex tunc faria exsurgir um vácuo jurídico no ordenamento estadual, inviabilizando, ainda que temporariamente, a manutenção de qualquer tipo de contratação temporária, o que carregaria um periculum in mora inverso daquele que leis como essa, preventivas, destinadas às tragédias abruptas da natureza e às epidemias procuram minimizar, violando o princípio da proporcionalidade – razoabilidade. 9) Ex positis, e ressalvada a posição do relator, julgou-se procedente a ação declarando-se a inconstitucionalidade da Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 4.599, de 27 de setembro de 2005. 10) Reconhecida a necessidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para preservar os contratos celebrados até a data desta sessão (28/05/2014), improrrogáveis após 12 (doze) meses a partir do termo a quo acima.” (ADI 3649, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014; grifos adotados)

Tem-se, pois, que a contratação de pessoal, por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, além de ser breve e autorizada por LEI, não excepciona, indefinidamente, a regra constitucional da realização de concurso público.

Acrescente-se que, independente de ser o serviço de natureza transitória ou permanente, deve ficar comprovado o excepcional interesse público e a urgente necessidade, encontrando-se a Administração em situação incomum e imprevisível.

Frise-se que a expressão “excepcional interesse público” se refere apenas aos casos que fogem da normalidade, do comum, do dia a dia, do que foi previamente planejado, àquelas situações emergenciais, cuja demora na prestação pelo poder público poderá ocasionar prejuízos irreparáveis aos administrados, como, por exemplo, calamidade pública, combate a surtos endêmicos, realização de recenseamentos, etc..

Imperioso consignar que o Edital de convocação do Processo Seletivo deverá conter a quantidade de vagas a serem preenchidas e respectivas funções, a carga horária, o período da contratação, as localidades de atuação dos contratados, a remuneração, a reserva de percentual das vagas para pessoas portadoras de deficiência e a definição de critérios de sua admissão, etc..

Realizada a contratação temporária nos moldes dispostos acima, chama-se a atenção do Gestor que, além de todos os requisitos anteriormente citados, a exemplo de Lei regulamentadora, previsão orçamentária, justificativa da necessidade da contratação, deve ser encaminhado a este Tribunal de Contas os atos de admissão de pessoal, para apreciação da legalidade e registro, conforme orienta o artigo 1º da Resolução nº 167/1990:

“Art. 1º - Os atos de admissão dos servidores municipais, a qualquer título, inclusive a modalidade de que trata o art.37, inciso IX da Constituição Federal, da administração direta, indireta e fundacional, excetuadas as nomeações para cargos em comissão, observado, para estes, o disposto no art. 14, parágrafo 2º da Constituição do Estado, deverão ser remetidos ao Tribunal de Contas dos Municípios, para efeito de apreciação da legalidade e registro.”

Ressalte-se, ainda, que, por se tratar de recursos públicos, os valores despendidos com a contratação sob enfoque não estão isentos da prestação de contas e devem ser lançados como elemento de despesa "04 – Contratação por Tempo Determinado", que, de acordo com a Portaria Interministerial nº 163/2001, são:

“Despesas orçamentárias com a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de

acordo com legislação específica de cada ente da Federação, inclusive obrigações patrimoniais e outras despesas variáveis, quando for o caso. (1)(A) (8)(A) (38)(A)"

Percebe-se, desta sorte, que a regra geral para admissão de pessoal no serviço público é através de concurso público. Permite-se, contudo, **excepcionalmente**, a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, a qual deve ser breve e autorizada por Lei, que, por sua vez, estabelecerá, dentre outros, os casos em que se aplica, o prazo máximo de contratação, possibilidade (ou não) de prorrogação do contrato e nova contratação de mesma pessoa, ainda que para outra função, remuneração, direitos e deveres, reserva de percentual de vagas para as pessoas portadoras de deficiência e definição de critérios de sua admissão, bem como os parâmetros objetivos e impessoais de recrutamento dos contratados temporariamente, a exemplo, de processo seletivo simplificado, sujeito à ampla divulgação, observada a dotação orçamentária específica.

Por tudo exposto e volvendo-se aos questionamentos postos no presente expediente, entende-se que em interpretação a citada Lei Complementar nº 173/20, pode-se constatar a inexistência de óbice para a realização de contratação temporária, podendo haver inclusive, o preenchimento das vagas dispostas no respectivo edital, não apenas aquelas que tenham como objetivo substituir as relacionadas a determinada vacância. Contudo, necessário se faz a observância dos ditames contidos no art. 37, inciso IX da Constituição Federal e as recomendações pertinentes a matéria alhures mencionadas.

Por fim, necessário se faz esclarecer que caberá ao Gestor, diante da sua realidade fática e da situação excepcional porventura existente, avaliar e decidir acerca da real necessidade de contratações temporárias, observando as hipóteses e os requisitos constantes na Lei que disciplina a referida situação, inclusive no que pertine ao número de vagas, destacando que a realização de contratações temporárias deverá ser precedida de justificativa fundamentada e da comprovação fática da situação excepcional invocada e deverá persistir pelo tempo estritamente necessário à cessação da causa que motivou a contratação.



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Assessoria Jurídica do TCM/BA, de caráter opinativo e orientativo, elaborada de acordo com os subsídios fornecidos pelo Consultante.

É o parecer. À consideração superior.

Salvador, 08 de abril de 2021.

CRISTINA BORGES DOS SANTOS
Assessora Jurídica

Revisado por Alessandro Macedo – Chefe da Assessoria Jurídica