

8ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE VITÓRIA DA CONQUISTA
MEIO AMBIENTE. MORALIDADE ADMINISTRATIVA. FUNDAÇÕES. JECRIM.

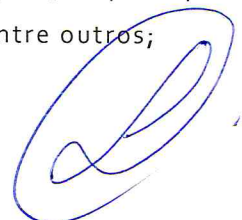
Procedimentos IDEA IC 644.9.113117/2017, IC 644.9.38914/2017, IC 644.0.212300/2014, IC 644.0.33233/2016, IC 644.0.231370/2015, NF 644.9.270332/2016, NF 644.9.92552/2017, NF 644.0.47318/2016, NF 644.9.189009/2017, NF 644.9.215984/2017, NF 644.9.23938/2017, NF 644.9.58361/2017, NF 644.9.185902/2017, NF 644.9.193881/2017, NF 003.9.99626/2017.

RECOMENDAÇÃO 01/2018

EMENTA: Recomendação. Ocorrência de diversos casos de Desvios de Função no exercício de atividades exercidas por servidores municipais – Contratações temporárias irregulares, apesar da existência de Concurso Público no prazo de validade com aprovados e não convocados – Inobservância da regra do concurso público – Violação dos princípios da impessoalidade, legalidade, eficiência e moralidade administrativa. Ato de improbidade Administrativa que atenta contra os princípios da administração pública.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**, por intermédio da Promotora de Justiça que a esta subscreve, vem, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, em especial a consubstanciada no artigo 129 da Constituição Federal, nos artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, e no art. 75, IV, da Lei Complementar nº 11, de 18 de janeiro de 1996, apresentar as seguintes considerações para, ao final, expedir recomendação.

I. **CONSIDERANDO** o disposto no art. 37 da Constituição Federal que estabelece como princípios constitucionais de obediência obrigatória pela Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes, inclusive dos Municípios, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dentre outros;





II. **CONSIDERANDO** que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, **incumbindo-lhe a defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais** e individuais indisponíveis;

III. **CONSIDERANDO** o estabelecido nos artigos 129, inciso II, da mesma Carta Constitucional, que atribui ao Ministério Público a função institucional de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”;

IV. **CONSIDERANDO** o artigo 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, o qual faculta ao Ministério Público expedir recomendação administrativa aos órgãos da administração pública federal, estadual e municipal, requisitando ao destinatário adequada e imediata divulgação;

V. **CONSIDERANDO** que, conforme prevê o art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, a lei estabelecerá os **casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público**;

VI. **CONSIDERANDO** que o Decreto nº 16.853/2015, da Prefeitura Municipal de Vitória da Conquista, prorrogou, por mais 02 (dois) anos, a validade do Concurso Público nº 001/2013;

VII. **CONSIDERANDO** que é ilícita a contratação precária para atividades permanentes ou rotineiras da Administração Pública, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: LEIS MUNICIPAIS - CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS POR PRAZO INDETERMINADO PARA FUNÇÕES TÍPICAS DA ADMINISTRAÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE. - O Supremo Tribunal Federal vem interpretando restritivamente o art. 37, inc. IX, da Constituição Federal, impondo a observância das seguintes condições: 'a) previsão em lei dos casos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional” (STF, ADI n. 1500/ES, Min. Carlos Velloso). Na ausência desses requisitos, mostram-se irregulares as contratações temporárias. As normas da Constituição Estadual autorizam a Administração a contratar pessoal por tempo determinado desde que para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, independentemente da realização de concurso público, devendo ser a contratação realizada, de qualquer



modo, dentro dos princípios da moralidade e da impessoalidade e sempre por prazo determinado. Mas, não se admite que a lei municipal possa contemplar a possibilidade de contratações precárias em atividades permanentes ou rotineiras da Administração que, com um planejamento adequado, podem ser exercidas satisfatoriamente, sem a admissão de servidores temporários". (ADIN nº 10000.08.482511-6/000, Rel.Wander Marotta, Publicado em 16/04/2010).

VIII. **CONSIDERANDO** que a doutrina possui idêntico entendimento, *in verbis*:

"Vale lembrar ainda o pressuposto da excepcionalidade, sendo possível concluir que essa contratação não deve ser utilizada para atender a situações administrativas rotineiras, comuns. A excepcionalidade do regime deve ser compatível com a anormalidade do interesse público a ser protegido. Assim também orientou o STF, reconhecendo que nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional."

IX. **CONSIDERANDO** que, a conduta de contratar e manter servidor sem concurso público na Administração Municipal amolda-se ao disposto no caput do art. 11 da Lei nº 8.429/92, ainda que o serviço público tenha sido devidamente prestado, tendo em vista a ofensa direta à exigência constitucional nesse sentido, nos termos de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do Recurso Especial Nº 1.005.801 - PR (2007/0262534-2);

X. **CONSIDERANDO** que chegou ao conhecimento desta 8ª Promotoria de Justiça, através do Inquérito Civil Público 644.9.113117/2017 e outros procedimentos ministeriais acima epigrafados, a existência de diversos servidores municipais em desvio de função, a exemplo de auxiliares de serviços gerais exercendo irregularmente as atividades de Monitor Escolar ou Professor Fundamental I;

XI. **CONSIDERANDO** a existência de contratos temporários (como os de oficiais de obras e serviços (jardineiros) e nutricionistas, de acordo com os procedimentos ministeriais 644.9.215984 e 644.9.185902/2017) decorrentes de processos seletivos simplificados em detrimento da nomeação de candidatos classificados e/ou aprovados no Concurso Público nº 001/2013;

XII. **CONSIDERANDO** que chegou ao conhecimento desta 8ª Promotoria de Justiça (procedimento ministerial 644.9.92552/2017) a existência de Monitores Escolares (cargo ocupacional de natureza técnica e administrativa em funções auxiliares) em desvio de função, exercendo atividades típicas de docência com alunos em escolas integrais;

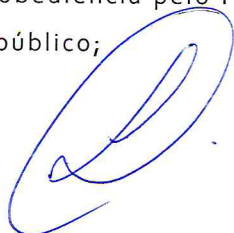
XIII. **CONSIDERANDO** a existência de aprovados, ainda não convocados, no Concurso Público nº 001/2013, consoante os IC 644.o.33233/2016 (Cargo de Oficial de Serviços e 644.o.231370/2015 (Cargo de Agentes de Edemias);

XIV. **CONSIDERANDO** que o Supremo Tribunal Federal entendeu, em sede de repercussão geral, que a aprovação em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital gera direito público subjetivo à nomeação (RE 598099, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 10.8.2011, DJe de 3.10.2011, com repercussão geral – tema 161):

"Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas."

XV. **CONSIDERANDO** que chegou ao conhecimento desta 8ª Promotoria de Justiça (procedimento 644.9.270332/2016) a existência de oficiais de obras e auxiliares administrativos em desvio de função, exercendo atividades de educação ambiental, dentre outras típicas da área ambiental, em detrimento da nomeação de candidatos ao cargo de Técnico em Meio Ambiente, aprovados e/ou classificados no concurso nº 01/2013;

XVI. **CONSIDERANDO** a existência de aproximadamente 627 (seiscentos e vinte e sete) contratos temporários de Professor da rede pública municipal, correspondente à aproximadamente 54,55% do quadro docente efetivo (1.150 servidores), consoante informações relacionadas ao mês de 12/2016, disponíveis no site do Tribunal de Contas dos Municípios, em 18/12/2017, no link <http://www.tcm.ba.gov.br/portal-da-cidadania/pessoal/>, o que implica na desobediência pelo Poder Público Municipal às regras constitucionais atinentes a concurso público;





XVII. **CONSIDERANDO** que, nos termos do §5º, do Art. 3º, da Lei nº 1.802/2012, a contratação decorrente de vacância ou insuficiência de vagas se dará quando da **inexistência de concurso público em vigência** para os respectivos cargos e terá duração máxima de até 24 (vinte e quatro) meses, admitindo-se prorrogações sucessivas, até o limite de 48 (quarenta e oito) meses (alterado pela Lei nº 1.813, de 18 de abril de 2012);

XVIII. **CONSIDERANDO** que o Decreto-Lei n.º 201/67, que dispõe sobre a responsabilidade criminal de prefeitos e vereadores, tipificou como crime de responsabilidade de prefeitos municipais (art. 1º, inciso XIII) a nomeação, admissão ou designação de servidor contra expressa disposição legal:

CRIME DE RESPONSABILIDADE - CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR EM DESACORDO COM O QUE DETERMINA A LEI - CRIME CARACTERIZADO - NECESSIDADE EXCEPCIONAL E TEMPORÁRIA NÃO DEMONSTRADA - CONDENAÇÃO - ARTIGO 1º, INCISO I, DECRETO-LEI 201/67 - DESCLASSIFICAÇÃO PARA ARTIGO 1º, INCISO XIII, DO DECRETO-LEI 201/67 - CONTINUIDADE DELITIVA - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. A investidura em cargo ou emprego público, com ressalva às exceções constitucionais, depende de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, nos termos do art. 37, II, Constituição Federal vigente.- Inexistindo comprovação de que a contratação sem concurso público se deu em razão de excepcional interesse público e provada a violação de lei municipal que trata da questão, impõe-se a condenação do Prefeito que as promoveu nas sanções do inc. XIII, do art. 1º do Dec. Lei 201/67.- Sendo a pena máxima cominada ao delito de 3 anos de reclusão e transcorridos mais de 8 anos entre as datas dos crimes e a data do recebimento da denúncia, impõe-se a decretação da extinção da sua punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal. (TJMG - Apelação Criminal 1.0105.04.114689-2/002, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 25/02/2010, publicação da súmula em 16/03/2010)

XIX. **CONSIDERANDO** a existência de contratos temporários de **Assistentes Sociais** para atuação em programas dos governos estadual e federal, como, por exemplo, os profissionais de saúde da família e dos Centros de Referência de Assistência Social - CRAS, em detrimento da nomeação dos candidatos aprovados no Concurso Público nº 001/2013 (IC 644.0.212300/2014;



XX. **CONSIDERANDO** que, apesar de muitas vezes remunerados por entidade diversa daquela a que se vinculam¹, tais servidores executam, em regra, atividades públicas clássicas, de natureza permanente, das pessoas jurídicas de direito público. Logo, ainda que os programas de governo findem, continuará a obrigação estatal de prestação desses serviços, de modo que se torna evidente ser necessária a criação do cargo por lei, bem como a prévia aprovação em concurso público (Procedimento nº 644.0.212300/2014);

XXI. **CONSIDERANDO** que a doutrina brasileira tem reconhecido a existência desse princípio no sistema jurídico-constitucional, valendo trazer à colação a lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 162):

"Negar reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte².

XXII. **CONSIDERANDO** que, em sede jurisprudencial, o TJMG já tem entendimento prevalente no mesmo sentido:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINAR. EMENDA INDEVIDA À INICIAL. NULIDADE DA SENTENÇA. REJEITADA. MÉRITO. CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS. PROFISSIONAIS CONTRATADOS PARA O PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA. ATIVIDADES ROTINEIRAS DO INTERESSE DA MUNICIPALIDADE. NECESSIDADE PERMANENTE DA ADMINISTRAÇÃO. DES-
CARACTERIZAÇÃO DA NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. LEI ESPECÍFICA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, INCISOS II E IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE. A sentença deve refletir a realidade fática existente no momento em que é proferida. Portanto, se houve aprovação de lei no curso da lide que influa em seu julgamento, deve ser aplicada a regra do artigo 462 do CPC. A possibilidade de contratação temporária não é regra, mas sim, exceção, devendo ser desta forma interpretada pelos Legisladores Municipais sob pena de incorrer em ofensa ao disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal. Demonstrado que lei municipal, que regulamenta a contratação temporária, prevista no artigo 37, IX, da Constituição Federal, a tem como regra e não atende ao excepcional interesse público ou ao requisito da temporariedade, impõe-se a declaração incidental de sua inconstitucionalidade, uma vez que as leis municipais devem

1 Em regra, a União e os Estados repassam os valores ao município, que remuneram os servidores.

2 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos Direitos Sociais num contexto de crise. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: 2004, n.º 2, 121.168.

observar os princípios estabelecidos na própria Constituição, e também na Constituição do Estado a que pertencer. (TJMG - Ap Cível/ Reex Necessário 1.0317.07.077474-8/002, Relator(a): Des. (a) Armando Freire , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 09/12/2008, publicação da súmula em 30/01/2009)

XXIII. **CONSIDERANDO** a informação da existência de servidores em 'desvios de função' na Secretaria de Finanças e Execução Orçamentária (procedimento 644.9.38914/2017) em detrimento da convocação dos classificados e/ou aprovados no Concurso Público – Edital nº 01/2013;

XXIV. **CONSIDERANDO** a preocupação, em sede de atuação preventiva, de eventual decisão judicial, no âmbito civil ou trabalhista, **desfavorável e lesiva ao erário**, em virtude dos fatos concretos acima descritos;

XXV. **CONSIDERANDO** que o combate aos atos de improbidade administrativa, em todas as expressões previstas na Lei n. 8.429/92 (atos que produzem enriquecimento ilícito, atos que causam prejuízo ao erário e atos atentatórios aos princípios da Administração Pública), mostra-se muito mais eficiente quanto realizado em caráter preventivo, por isso a finalidade desta Recomendação é promover diálogo visando a autocomposição dos conflitos e controvérsias envolvendo direitos de cuja defesa é incumbido o Ministério Público, sendo também importante instrumento de redução de litigiosidade e acesso à justiça em sua visão contemporânea.

RESOLVE, nos termos do art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar nº 75/93 e da Resolução 164 do CNMP, recomendar ao Excelentíssimo Senhor Prefeito Herzem Gusmão Pereira que adote as providências que se afigurarem necessárias para:

1º) Nomeação de todos os aprovados e no Concurso Público nº 01/2013, dentro do número de vagas previstas;

2º) Nomeação dos aprovados e/ou classificados no Concurso Público nº 01/2013, objetivando a eliminação dos casos de desvio de função e de contratos temporários irregulares advindos ou não de processo seletivo simplificado na administração pública municipal;





3º) Nomeação dos Professores aprovados e/ou classificados no Concurso Público nº 01/2013, com a rescisão dos contratos por tempo determinado vigentes, diante da ausência de interesse público excepcional a justificar o elevado número de contratações precárias de professores;

4º) Nomeação dos aprovados e/ou classificados no Concurso Público nº 01/2013, para o cargo de Assistentes Sociais, Agentes de Endemias, Oficiais de Obras e Serviços, Nutricionistas, Técnico em Meio Ambiente, Técnicos e Agentes Fazendários, Educador Físico, dentre outros, com a consequente rescisão dos contratos administrativos vigentes por tempo determinado ou a título precário, diante da ausência de interesse público excepcional e temporário;

5º) Modular os efeitos da exoneração dos servidores municipais que estão laborando em regime de contratação precária e/ou temporária e que serão objeto de substituição pelos aprovados e classificados no Concurso Público 001/2013, como forma de evitar a solução de continuidade no serviço público, em flagrante violação ao princípio da continuidade do serviço público esculpido no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor;

Por oportuno, saliente-se que a modulação dos efeitos das exonerações não será um salvo conduto com o propósito de assegurar a permanência de todos os servidores que estejam em regime de contratação precária e/ou temporária em flagrante preterição aos candidatos aprovados no Concurso Público, mais apenas e tão-somente resguardar a continuidade do serviço público, enquanto os aprovados e classificados não sejam nomeados.

6º) Promover a exoneração dos servidores contratados em regime precário a medida em que os concursados forem sendo nomeados e empossados, posto que resguardará a continuidade do serviço público e evitará um colapso e convulsão social nas atividades essenciais da administração pública municipal.



A presente Recomendação é um instrumento legal de atuação do Ministério Público, para que a Autoridade fique ciente das irregularidades ou ilegalidades perpetradas, e embora o seu atendimento não seja obrigatório, sujeita-se à correções de natureza jurisdicional.

Requisita-se resposta por escrito à 8ª. Promotoria de Justiça do acatamento ou não da presente recomendação, no prazo de 10 (dez) dias, indicando fundamentadamente os pontos de recusa. Salienta-se que o silêncio será considerado como recusa. Além disso, no mesmo prazo, deve-se informar, se for o caso, as providências adotadas para o cumprimento da recomendação.

Requisita-se ao destinatário desta Recomendação que se dê publicidade à mesma, de forma adequada e imediata, através do Jornal e Site Oficiais, bem como a sua afixação em local de fácil acesso ao público no átrio da Prefeitura Municipal, conforme disposto no art. 9º. da Resolução 164/2017 do CNMP.

Dê-se publicidade à presente Recomendação, no mural deste ERMP e no Diário Oficial do Estado.

Notifiquem-se os Representantes e demais interessados.

Junte-se cópia desta Recomendação em cada procedimento ministerial citado em epígrafe.

Vitória da Conquista/ BA, 22 de janeiro de 2018.


LUCIMEIRE CARVALHO FARIAS
Promotora de Justiça