ACO-UTR-1130/2024

Processo	-	TC/009203/2020 (Tramitam em conjunto os processos TC/009203/2020 e TC/010821/2020)
Representante	-	Associação dos Analistas de Políticas Públicas e Gestão Governamental do Município de São Paulo – Apogesp
Representada	-	Secretaria Municipal de Gestão
Objeto	-	Representação interposta sobre supostas irregularidades praticadas nas contratações de servidores comissionados e/ou terceirizados em detrimento de nomeação de servidores efetivos aprovados em concurso público

56ª Sessão Ordinária Não Presencial

REPRESENTAÇÃO. SEGES. Supostas irregularidades praticadas nas contratações de servidores comissionados e/ou terceirizados em detrimento de nomeação de servidores efetivos aprovados em concurso público.1. Esta Corte de Contas, no exercício constitucional de analisar, fiscalizar e julgar a regularidade e a validade de atos/contratos de gestão, não pode ignorar as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação dos agentes envolvidos na questão, bem como as dificuldades do local onde ela foi desenvolvida, com suas peculiaridades e variações. Art. 22, § 1º, LINDB. 2. A Lei Complementar 173/2020 proibiu a contratação de pessoal, inclusive mediante concurso público, durante a vigência da calamidade ocasionada pelo vírus covid-19; entretanto, excepcionou para autorizar o preenchimento de cargos de chefia, de direção e de assessoramento, cargos estes que são de livre nomeação e exoneração, sendo, portanto, de caráter transitório, e não efetivo ou vitalício, como aqueles cujo o ingresso se dá pela aprovação em concurso público. 3. O MPESP concluiu pelo arquivamento do Inquérito Civil, com base na matéria tratada no presente, considerando que o contexto fático-probatório não evidenciou o cometimento de atos que justifiquem a continuidade do inquérito civil ou a propositura de ação civil pública. 4. Não houve comprovação de irregularidade praticada pela Origem ou que os servidores terceirizados estariam exercendo atividades privativas de servidores de carreira. 5. Em junho de 2023, a Secretaria lançou o edital de abertura de inscrições para o cargo de Analista de Políticas Públicas e Gestão Governamental. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados englobadamente os processos TC/009203/2020 e TC/010821/2020, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer da representação, uma vez que estão presentes os requisitos de admissibilidade.

ACORDAM, à unanimidade, quanto ao mérito, em julgá-la improcedente, com base no *quantum* fundamentado, deixando de fazer determinações, tendo em vista os diversos procedimentos fiscalizatórios próprios para tratar da matéria, processados nesta Corte, e as providências que vêm sendo adotadas para que a PMSP implemente as medidas necessárias para a regulamentação dos pontos questionados, visando à total regularidade das contratações de comissionados e de mão de obra terceirizada.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à representante e à representada, em cumprimento ao disposto no artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, arquivando-se os autos após o cumprimento das formalidades legais.

Participaram do julgamento os Conselheiros RICARDO TORRES – Revisor, DOMINGOS DISSEI e JOÃO ANTONIO.

São Paulo, 17 de julho 2024.

ROBERTO BRAGUIM – Vice-Presidente no exercício da Presidência
EDUARDO TUMA – Relator

/gc

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 29/08/2024 18:22:38 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 02/09/2024 10:15:26 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

56ª Sessão Não Presencial, de 02 a 17 de julho de 2024

Itens 27 e 28-Pleno

TC-9.203/2020- Representação
Objeto: Representação em face de possíveis irregularidades praticadas pela Prefeitura do Município de São Paulo, através da Secretaria Municipal de Gestão, ao realizar contratações de servidores comissionados e terceirizados para o desempenho de função técnica, em detrimento à nomeação de servidores efetivos aprovados em concursos públicos.
TC-10.821/2020- Representação
Objeto: Representação em face de possíveis irregularidades praticadas pela Prefeitura do Município de São Paulo, através da Secretaria Municipal de Gestão, ao realizar contratações de servidores comissionados e terceirizados para o desempenho de função técnica, em detrimento à nomeação de servidores efetivos aprovados em concursos públicos.
Interessados: Secretaria Municipal de Gestão
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

RELATÓRIO

TC 9.203/2020

Cuidam-se dos TCs 9.203/2020 e 10.821/2020, ora relatados de forma englobada devido à conexão de matéria entre si, motivo pelo qual tramitam em conjunto.

O TC 9.203/2020, trata de **Representação** proposta [pela **Associação dos Analistas de Políticas Públicas e Gestão Governamental do Município de São Paulo – APOGESP**] em face de possíveis irregularidades praticadas pela Prefeitura do Município de São Paulo, por meio da Secretaria Municipal de Gestão, ao realizar contratações de servidores comissionados e terceirizados para o desempenho de função técnica, em detrimento à nomeação de servidores efetivos aprovados em concursos públicos.

A Representante, peça inicial encartada nas peças 1/4 e protocolizada em 03/08/2020, aduz que a Administração Pública Municipal estaria priorizando a contratação de comissionados e a terceirização de mão de obra, tomando por base os Relatórios de Inspeção Anual dos exercícios de 2018 e 2019 (TCs 5.301/2019 e 5.344/2020) publicados por esta Corte de Contas, anúncios de processos seletivos visando à contratação de comissionados e em outros elementos.

Acrescenta que vários cargos ocupados por comissionados e terceiros, abrangem funções típicas de servidores efetivos, resultando no expressivo aumento de comissionados e, paralelamente, redução do quadro efetivo não só por aposentadorias, mas também pela não nomeação de aprovados em concursos realizados pela Municipalidade de São Paulo.

A título de exemplo, citou o caso da lista de candidatos aprovados aguardando nomeação para o cargo de Analista de Políticas Públicas e Gestão Governamental (APPGGs) ao passo que, administrativamente, deliberou-se pela rejeição da nomeação e contratou-se

empresa terceirizada para fornecer mão de obra com funções semelhantes às atribuições desses analistas e por valores superiores aos vencimentos da categoria.

Ressaltou que essa conduta ocorria antes mesmo do advento da proibição prevista no artigo 8º, IV, da Lei Complementar nº 173/20203, que estabeleceu programa federativo para o período de pandemia decorrente do coranavírus.

Reportando-se aos incisos II, IV e V do art. 37 da Constituição Federal, legislação municipal de regência e jurisprudência em especial do STF, a Representante, ao final, consignou sua pretensão nos seguintes termos:

> *"que se investigue as irregularidade ora narradas, realizando novas inspeções e auditorias, ou aprofundando as já existentes, a fim de se apurar as provas necessárias para que se tome as devidas providências, exigindo, assim, a nomeação dos aprovados em concursos público, como medida URGENTE, evitando maiores prejuízos à administração e ao serviço público."*

Ao manifestar-se, a **Subsecretaria de Controle Externo** conclui ser a inicial parcialmente procedente, de conformidade com a seguinte conclusão lançada no relatório preliminar (peça 15 – 10/08/2020)

> *"Ao analisar a representação, a Auditoria leva em consideração o período atual. Contudo, o representante ressalta que há reincidentes violações às nomeações de candidatos aprovados no concurso público no cenário pré-pandemia.*
> *Desta forma, considerando que está prevista no PAF 2020 auditoria de pessoal n a PMSP, sugere-se que sejam acrescentados como pontos de verificação a situação dos Analistas de Políticas Públicas e Gestão Governamental aprovados no concurso público de 2015, apurando-se se houve violações no processo de admissão, bem como se a denúncia de que as nomeações de comissionados para cargos técnicos continuam a acontecer mesmo com as atuais restrições legais.*
> *Por todo o exposto, a representação é **parcialmente procedente**, considerando-se procedente a solicitação de aprofundamento das auditorias relacionados às contratações irregulares de comissionados, a depender da aprovação do Conselheiro Relator, e improcedente no tocante ao pedido de nomeação dos candidatos – tendo em vista as restrições legais, bem como a falta de competência do TCM para determinar nomeações."*

Antes de o processo seguir para manifestação da Área Jurídica, uma vez verificado que o Signatário da peça inicial da Representação não apresentou prova de ter poderes para representar a APOGESP, foi intimado a fazê-lo e, não atendendo à determinação, o Cartório certificou transcurso do prazo regimental "in albis" (peças 16 e 21).

Pronunciando-se sobre a matéria, a **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (peça 25 – 06/10/2020) analisou os requisitos de admissibilidade e, a despeito não de não suprida a ausência da prova de poderes do Signatário para representar a APOGESP, entendeu possível seu conhecimento, em virtude da conexão de conteúdo com o deduzido na Representação atuada no TC 10.821/2020.

No mérito, acompanhou as conclusões exaradas pela Auditoria, ressaltando que aquela lançada no TC 10.821/2020, não infirma a consignada pela Especializada no presente feito, pois ambas se complementam, "tendo em vista não apenas os vários ângulos de observação da causa de pedir e o pedido da perspectiva do controle externo exercido pelos tribunais de contas, como também, principalmente, a forma de sua atuação específica, dentro dos limites de sua competência, quanto à matéria deduzida na inaugural".

A Secretaria Municipal de Gestão e a Secretaria de Governo Municipal, oficiadas para ciência e manifestação acerca dos relatórios técnicos supramencionados, encaminharam as respostas de peças 53 e 57, respectivamente, as quais analisadas pela Auditora, deram ensejo ao Relatório Conclusivo de peça 61.

No referido Relatório (peça 61 – 03/06/2021), a **Subsecretaria de Fiscalização de Controle** consignou suas averiguações e conclusões quanto às contratações de servidores comissionados e terceirização de mão de obra, nos seguintes termos:

> *"Por todo o exposto, diante das constatações quanto à ocupação dos cargos em comissão na PMSP, por meio do TC n° 1728/21, pela não constatação inicial de grave crise financeira, apesar das incertezas causadas pela pandemia, o que requer maior análise, e pelas contratações de terceirizados em detrimento à nomeação de servidores efetivos aprovados em concurso público (TC n° 10.391/20), além da questão dos cargos em comissão, a representação é* ***procedente****.*
>
> *Por fim, cabe ressaltar a necessidade de apresentação de estudos aprofundados que fundamentem os posicionamentos da PMSP em relação ao assunto em questão, a fim de proporcionar maior transparência e controle social.*
>
> ***3.CONCLUSÃO***
>
> *À luz das análises efetuadas, concluímos, em sede de análise, pela* ***procedência*** *da Representação."*

Novamente oficiadas, a Secretaria Municipal de Gestão (à época Secretaria Executiva) e a Secretaria de Governo Municipal – SGM para manifestação, desta feita a respeito do Relatório Conclusivo, após reiterados ofícios expedidos, a SGM encaminhou a resposta de peça 110, anexando informações e justificativas elaboradas pela Secretaria Executiva de Gestão, dentre as quais a prolação de sentença no Mandado de Segurança nº 1022558-86.2020.8.26.0053 (5ª VFP/Capital-SP) denegando "a segurança a candidatos alegadamente aprovados dentro do número de vagas do concurso público para ocupar o cargo de APPGG nos quadros de pessoal municipal - Edital nº 001/2015."

A **Auditoria** (peça 114 – 06/05/2022) analisou a documentação acrescida e, com base em novo procedimento fiscalizatório instaurado neste Tribunal de Contas - TC 002083/2022, em que se verificou "que a situação denunciada ainda é presente no âmbito da PMSP", afora a inconsistência da justificativa de grave crise financeira para não realizar as nomeações dos aprovados em concurso, concluiu que os elementos trazidos pela Origem não alteram as conclusões da Especializada, que as ratificou.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (peça 119 – 13/01/2023) analisando os elementos acrescido aos autos, frisou que de acordo com o precedente firmado no RE nº 598.099/MS, é necessário "que a Administração Pública, nesses casos, justifique – mais uma vez textualmente – a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação" e, de acordo com o Tema nº 1010 – STF – Repercussão Geral – compete ao Poder Público cumprir os parâmetros constitucionais nele estabelecidos.

E, a respeito da noticiada sentença proferida em sede de mandado de segurança reportado pela Origem (peça 110 – fl. 06), asseverou que "em virtude da independência entre as instâncias, eventual pronunciamento judicial não prejudica decisão controladora sobre a matéria, dentro do âmbito de sua competência, embora existam riscos de decisões conflitantes, que ora se destaca."

Ao final de seu pronunciamento, ratificou sua opinião quanto ao conhecimento da Representação e, no mérito pela sua procedência, acompanhando a análise técnica da Auditoria, que destacou a necessidade de a Origem apresentar "estudos aprofundados que fundamentam os posicionamentos da PMSP em relação ao assunto em questão", visando permitir maior transparência e controle social.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** (peça 123 – 27/01/2023), apropriando-se dos argumentos apresentados pela Origem, posicionou-se pela improcedência do pleito exordial.

A **Secretaria Geral** (peça 127 – 10/08/2023) opinou pelo conhecimento da Representação por preencher os requisitos de admissibilidade.

A respeito do mérito, destacou que a nomeação de cargos públicos enquanto vigente o prazo de validade dos concursos públicos encontra-se no âmbito da discricionariedade da Administração Pública, conforme decidido pelo STJ (2011-0291162-1), com base no entendimento firmado pelo STF no sentido de não ser absoluto o direito subjetivo dos candidatos aprovados, à nomeação, mas sim uma expectativa de direito sujeita a "situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público."

Reportou-se, outrossim, a recente julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 44), quando o Plenário virtual do STF (17/04/2023), decidiu que tendo o inciso V do art. 37 da Constituição Federal, eficácia contida, cabe "a cada ente federado definir as condições e percentuais mínimos para o preenchimento dos cargos em comissão, de acordo com suas necessidades burocráticas."

Trouxe, ainda, notícia sobre o arquivamento do Inquérito Civil nº MP: 14.0695.0000375/2020-1, instaurado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, a partir de representação do Vereador Celso Giannazi, com base na matéria tratada no presente, concluindo-se que o contexto fático-probatório "não evidenciou o cometimento de atos que justifiquem a continuidade do inquérito civil ou a propositura de ação civil pública."

Com amparo em todo o aduzido em seu parecer, com destaque para o período pandêmico, que configurou situação excepcional, a Secretaria Geral entendeu não ter havido comprovação de irregularidade praticada ou que a terceirização envolveria atividades privativas de servidores de carreira, motivos pelos quais opinou pela improcedência da Representação.

É o Relatório do TC 9.203/2020

<u>Do TC 10.821/2020</u>

Trata-se de Representação proposta pelo **Vereador Celso Giannazi,** em face de possíveis irregularidades praticadas pela Prefeitura do Município de São Paulo, por meio da Secretaria Municipal de Gestão, ao realizar contratações de servidores comissionados e terceirizados para o desempenho de função técnica, em detrimento à nomeação de servidores efetivos aprovados em concursos públicos, sendo efetivado seu protocolo em 10/09/2020 (peças 1/3).

O Representante aduz que a Administração Pública Municipal estaria priorizando a contratação de comissionados e a terceirização de mão de obra, tomando por base os Relatórios de Inspeção Anual dos exercícios de 2018 e 2019 (TCs 5.301/2019 e 5.344/2020)

publicados por esta Corte de Contas, anúncios de processos seletivos visando à contratação de comissionados e em outros elementos.

Acrescenta que vagos cargos ocupados por comissionados e terceiros, abrangem funções típicas de servidores efetivos, resultando no expressivo aumento de comissionados e, paralelamente, redução do quadro efetivo não só por aposentadorias, mas também pela não nomeação de aprovados em concursos realizados pela Municipalidade de São Paulo.

A título de exemplo, citou o caso da lista de candidatos aprovados aguardando nomeação para o cargo de Analista de Políticas Públicas e Gestão Governamental (APPGGs) ao passo que, administrativamente, deliberou-se pela rejeição da nomeação e contratou-se empresa terceirizada para fornecer mão de obra com funções semelhantes às atribuições desses analistas e por valores superiores aos vencimentos da categoria.

Ressaltou que essa conduta ocorria antes mesmo do advento da proibição prevista no artigo 8º, IV, da Lei Complementar nº 173/2020, que estabeleceu programa federativo para o período de pandemia decorrente do coranavírus.

Reportando-se aos incisos II, IV e V do art. 37 da Constituição Federal, legislação municipal de regência e jurisprudência em especial do STF, o Representante, ao final, consignou sua pretensão nos seguintes termos:

> *"que se investigue as irregularidade ora narradas, realizando novas inspeções e auditorias, ou aprofundando as já existentes, a fim de se apurar as provas necessárias para que se tome as devidas providências, exigindo, assim, a nomeação dos aprovados em concursos público, como medida URGENTE, evitando maiores prejuízos à administração e ao serviço público."*

Ao analisar a matéria, a **Subsecretaria de Controle Externo** conclui ser a inicial procedente quanto aos pontos abordados, de conformidade com a seguinte conclusão lançada no Relatório Preliminar (peça 7 – 15/09/2020):

> *"Por todo o exposto, a representação é **procedente, no tocante** à ocupação das Secretarias Municipais serem em sua maioria, por ocupantes de cargo em comissão, e quanto à inconstitucionalidade das nomeações de cargos comissionados, tendo em vista a existência de cargo efetivo com atribuição para as atividades exercidas pelos ocupantes de cargo em comissão, conforme apurado nos RAFs realizados por este Tribunal.*
> *(...) informamos que, anualmente, esta coordenadoria realiza nos órgãos da PMSP auditoria programada com o intuito de analisar a regularidade da ocupação de cargos em comissão, que verifica, entre outras coisas, a legalidade da admissão baseada nos requisitos legais, como também, a verificação das atribuições efetivamente desempenhadas pelos servidores, analisando a compatibilidade com as atividades de cargos de chefia, direção ou assessoramento (próprios de cargos em comissão). Assim, já existe auditoria programada com este objeto a ser executada ainda em 2020."*

Pronunciando-se a **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (peça 9 – 18/09/2020), verificou estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade da Representação.

No mérito, acompanhou as conclusões exaradas pela Auditoria, destacando que os dispositivos legais invocados (artigo 8º, IV, da Lei Complementar nº 173/2020) e o artigo 17 da Lei Municipal nº 17.340/2020) e a jurisprudência do STF impõem à Administração Pública motivar (a situação especialíssima) da recusa em realizar a nomeação de aprovados em prévio concurso público, uma vez assegurado o direito subjetivo à nomeação.

Em conclusão, opinou pela admissibilidade da Representação e pela sua procedência de conformidade com a manifestação da Especializada, ressalvando o momento procedimental.

Oficiadas para manifestarem-se acerca dos relatórios técnicos, a Secretaria Municipal de Gestão (então Secretaria Executiva de Gestão) e a Secretaria de Governo Municipal, após reiterados ofícios encaminharam, respectivamente, as respostas de peças 56 e 65/66.

A seu turno, o Representante apresentou documentos adicionais de peça 35, referente a lançamento de novo processo seletivo de contratação, sem concurso.

A **Subsecretaria de Fiscalização de Controle** ao examinar a documentação acrescida, elaborou o Relatório Conclusivo de peça 70 (01/06/2021), no qual consignou suas averiguações e conclusões quanto às contratações de servidores comissionados e terceirização de mão de obra, nos seguintes termos:

> *"Por todo o exposto, diante das constatações quanto à ocupação dos cargos em comissão na PMSP, por meio do TC n° 1728/21, pela não constatação inicial de grave crise financeira, apesar das incertezas causadas pela pandemia, o que requer maior análise, e pelas contratações de terceirizados em detrimento à nomeação de servidores efetivos aprovados em concurso público (TC n° 10.391/20), além da questão dos cargos em comissão, a representação é* ***procedente****.*
>
> *Por fim, cabe ressaltar a necessidade de apresentação de estudos aprofundados que fundamentem os posicionamentos da PMSP em relação ao assunto em questão, a fim de proporcionar maior transparência e controle social.*
>
> ***3.CONCLUSÃO***
>
> *À luz das análises efetuadas, concluímos, em sede de análise, pela* ***procedência*** *da Representação."*

Considerando as novas conclusões contidas no referido relatório técnico, a Secretaria Municipal de Gestão (então Secretaria Executiva de Gestão) e a Secretaria de Governo Municipal, oficiadas para ciência e manifestação, a SGM encaminhou a resposta de peça 119/120, anexando informações e justificativas elaboradas pela Secretaria Executiva de Gestão, dentre as quais a prolação de sentença no Mandado de Segurança nº 1022558-86.2020.8.26.0053 (5ª VFP/Capital-SP) denegando "a segurança a candidatos alegadamente aprovados dentro do número de vagas do concurso público para ocupar o cargo de APPGG nos quadros de pessoal municipal - Edital nº 001/2015."

A **Auditoria** (peça 124 – 06/05/2022) analisou a documentação acrescida e, com base em novo procedimento fiscalizatório instaurado neste Tribunal de Contas - TC 002083/2022, em que se verificou "que a situação denunciada ainda é presente no âmbito da PMSP", afora a inconsistência da justificativa de grave crise financeira para não realizar as nomeações dos aprovados em concurso, concluiu que os elementos trazidos pela Origem não alteram as conclusões da Especializada, que as ratificou.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (peça 129 – 13/01/2023) analisando os elementos acrescido aos autos, frisou que de acordo com o precedente firmado no RE nº 598.099/MS, é necessário "que a Administração Pública, nesses casos, justifique – mais uma vez textualmente – a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de

nomeação" e, de acordo com o Tema nº 1010 – STF – Repercussão Geral – compete ao Poder Público cumprir os parâmetros constitucionais nele estabelecidos.

E, a respeito da noticiada sentença proferida em sede de mandado de segurança reportado pela Origem (peça 120 – fl. 06), asseverou que "em virtude da independência entre as instâncias, eventual pronunciamento judicial não prejudica decisão controladora sobre a matéria, dentro do âmbito de sua competência, embora existam riscos de decisões conflitantes, que ora se destaca."

Ao final de seu pronunciamento, ratificou sua opinião quanto ao conhecimento da Representação e, no mérito pela sua procedência, acompanhando a análise técnica da Auditoria, que destacou a necessidade de a Origem apresentar "estudos aprofundados que fundamentam os posicionamentos da PMSP em relação ao assunto em questão", visando permitir maior transparência e controle social.

A Procuradoria da Fazenda Municipal (peça 136 – 10/03/2023), apropriando-se dos argumentos apresentados pela Origem, posicionou-se pela improcedência do pleito exordial.

A Secretaria Geral (peça 138 – 10/08/2023) opinou pelo conhecimento da Representação por preencher os requisitos de admissibilidade.

A respeito do mérito, destacou que a nomeação de cargos públicos enquanto vigente o prazo de validade dos concursos públicos encontra-se no âmbito da discricionariedade da Administração Pública, conforme decidido pelo STJ (2011-0291162-1), com base no entendimento firmado pelo STF no sentido de não ser absoluto o direito subjetivo dos candidatos aprovados, à nomeação, mas sim uma expectativa de direito sujeita a "situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público."

Reportou-se, outrossim, a recente julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 44), quando o Plenário virtual do STF (17/04/2023), decidiu que tendo o inciso V do art. 37 da Constituição Federal, eficácia contida, cabe "a cada ente federado definir as condições e percentuais mínimos para o preenchimento dos cargos em comissão, de acordo com suas necessidades burocráticas."

Trouxe, ainda, notícia sobre o arquivamento do Inquérito Civil nº MP: 14.0695.0000375/2020-1, instaurado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, a partir de representação do Vereador Celso Giannazi, com base na matéria tratada no presente, concluindo-se que o contexto fático-probatório "não evidenciou o cometimento de atos que justifiquem a continuidade do inquérito civil ou a propositura de ação civil pública."

Com amparo em todo o aduzido em seu parecer, com destaque para o período pandêmico, que configurou situação excepcional, a Secretaria Geral entendeu não ter havido comprovação de irregularidade praticada ou que a terceirização envolveria atividades privativas de servidores de carreira, motivos pelos quais opinou pela improcedência da Representação.

É o Relatório do TC 10.821/2020.

VOTO

Os TCs 9.203/2020 e 10.821/2020, ora em julgamento conjunto, tratam de **Representações,** propostas em face de possíveis irregularidades praticadas pela Prefeitura do

Município de São Paulo, por meio da Secretaria Municipal de Gestão, ao realizar contratações de servidores comissionados e terceirizados para o desempenho de função técnica, em detrimento à nomeação de servidores efetivos aprovados em concursos públicos.

Conheço de ambas as Representações, por preencherem os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 55 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, acolhendo o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo contido no TC 9.203/2020 (peça 25), no sentido de que, a despeito de não ter sido regularizada a representação processual da Representante, possível seu conhecimento, em virtude da identidade de conteúdo verificada entre as duas Representações em pauta.

No mérito, cabe, desde logo, afastar a pretensão "para que se tome as devidas providências, exigindo, assim, a nomeação dos aprovados em concursos público[s] como medida urgente, evitando maiores prejuízos à administração e ao serviço público" tendo em vista que determinação extrapolaria a competência deste Tribunal de Contas, estabelecida pela Constituição Federal em seus artigos 70 e 71.

Os demais pleitos envolvem questões de ordem fática e jurídica, conforme revelaram os elementos obtidos na fase de instrução em ambos os processos.

Dentre as irresignações, destaco àquela que aponta como irregular deixa de nomear os classificados dentro do número de vagas constantes no edital.

De fato, a súmula 15 do STF traz o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado quando o cargo for preenchido sem observância da classificação, dentro do prazo de validade do concurso, sendo esta uma das regras matrizes da temática concurseira.

Aprofundo-me no tema para estudar o tema 161 do STF. Em julgamento do Recurso Extraordinário 598.099, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, confirmou a tese trazida pela súmula 15 e realizou a ponderação de sua relativização para casos excepcionalíssimos.

> Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de *situações excepcionalíssimas* que justifiquem *soluções diferenciadas* , devidamente motivadas de acordo com o interesse público. **Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores**. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: **a) *Superveniência*** : os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente *posteriores* à publicação do edital do certame público; **b) *Imprevisibilidade*** : a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; **c) *Gravidade*** : os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; **d) *Necessidade*** : a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente *motivada* e, dessa forma, passível de *controle* pelo Poder Judiciário. [**RE 598.099**, rel. min.**Gilmar Mendes**, P, j. 10-8-2011, *DJE* de 189 de 3-10-2011, Tema 161.] – *grifei*.

Clareza inequívoca é o cotejamento da regra sumular com o contexto vivência pela Administração Pública à época, não apenas a Administração municipal de São Paulo, mas de todas as partes do Mundo: o enfrentamento da Pandemia ocasionada pelo vírus da Covid-19.

Reporto-me ao escólio de Alexandre Belmonte, Luciano Martinez e Ney Maranhão, que se faz perfeitamente pertinente ao caso em tela, de que **"*em tempos excepcionais, a interpretação é de exceção*".**[1]

A ideia geral é a de que a atenção do intérprete deve estar ligada não apenas ao ordenamento jurídico, mas **também (e sobretudo) ao problema**, caso ou conflito concreto sob análise, que pode conter elementos não previstos (**ou não previsíveis**) pelo legislador. Busca-se o refinamento da argumentação jurídica no campo do direito público.

In casu, as ocorrências noticiadas estão **intimamente interligadas à crise pandêmica que ocasionou a adoção de medidas excepcionais e anômalas.**

Desta sorte, cumpre invocar a aplicação do artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ("LINDB"), com o fito de considerar os desafios impostos aos gestores públicos, em específico relacionados a gestão do serviço público em um contexto pandêmico.

> "LINDB. Artigo 22, *caput*. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados".

Ademais, importa enfatizar que, a despeito do *caput* do artigo 22 se referir à tarefa interpretativa das normas sobre gestão pública, para este Tribunal de Contas, a sua maior relevância está no § 1º, segundo o qual, **cabe ao julgador,** ao observar e avaliar os atos de gestão, **considerar as dificuldades reais do gestor, as exigências das políticas públicas, sem descurar dos direitos dos administrados**.

Em outras palavras e ainda de acordo com a Lei, esta Corte de Contas, no exercício constitucional de analisar, fiscalizar e julgar a regularidade e a validade de atos/contratos de gestão, não pode ignorar as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação dos agentes envolvidos na questão, bem como as dificuldades do local onde ela foi desenvolvida, com suas peculiaridades e variações.

Nesse sentido, cite-se o §1º do art. 22 da LINDB que determina a necessidade de consideração das circunstâncias práticas que puderem interferir, de alguma forma, na atuação do agente público, quando da decisão sobre a regularidade do ato/contrato público*, in verbis:*

> "LINDB. Artigo 22, § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente".

Sensível à imprevisibilidade e gravidade que o momento exigia, a Lei Complementar nº 173/2020 emergiu como fator de impedimento para contratações de concursados em 2020, haja vista o estabelecimento de programa federativo para o período de pandemia decorrente do coronavírus.

---

[1] BELMONTE, Alexandre Agra. II. MARTINEZ, Luciano. III. MARANHÃO, Ney. *O Direito do Trabalho na crise da COVID-19*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p.77.

> 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 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 interpretação deste inciso IV transcrito deve ser feita à luz da Constituição Federal, em especial seu artigo 37.

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

Da comunhão da legislação sob análise, conclui-se que a Lei Complementar nº 173/2020 proibiu a contratação de pessoal, inclusive mediante concurso público, durante a vigência da calamidade ocasionada pelo vírus covid-19; entretanto, excepcionou para autorizar o preenchimento de cargos de chefia, de direção e de assessoramento, cargos estes que são de livre nomeação e exoneração, sendo, portanto, de caráter transitório, e não efetivo ou vitalício, como aqueles cujo o ingresso se dá pela aprovação em concurso público.

Em resumo: durante a pandemia do coronavírus, uma das poucas modalidades de contratação que estavam legalmente autorizadas eram para os cargos em comissão, exatamente como se subsome[2] o conteúdo dos TC's.

Após a digressão acadêmico-legislativa, volto ao conteúdo do voto do Ministro Gilmar Mendes para apontar o enquadramento do contexto pandêmico ao detalhamento da excepcionalidade à regra do concurso público.

O rápido alastramento do vírus da covid-19, desaguando em pandemia global (*gravidade* e *imprevisibilidade*), foi posterior ao edital do concurso público defendido nas Representações (s*uperveniência*), ocasionando soluções emergenciais para que a oferta dos serviços públicos não fosse interrompida e minimamente prejudicada (*necessidade*).

No entanto, esse prestigiado princípio constitucional deve ser temperado com o princípio da conveniência e oportunidade do administrador e o do interesse público.

Ademais, importante destacar que as conclusões alcançadas pelo STF, no julgamento do RE, foram construídas com base no princípio da segurança jurídica e no dever de boa-fé da Administração, a qual deve atuar de forma responsável, cumprindo e observando não

[2] Nota sobre o verbo subsumir:

apenas as regras do Edital, mas todo arcabouço principiológico e normativo da República Federativa do Brasil.

De fato, há de se considerar a excepcionalidade do momento pandêmico em meio as crescentes despesas públicas que o período trouxe, o que reforça a integralidade do excepcional arrazoado da Origem, supra reproduzido.

Especificamente quanto à alegada preterição dos aprovados para o cargo de Analista de Políticas Públicas e Gestão Governamental, que impetraram o Mandado de Segurança nº 1022558-86.2020.8.26.0053 verifica-se que o Acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, transitado em julgado, que apreciou o Recurso de Apelação dos Impetrantes, não constatou irregularidades, conforme se confere da respectiva Ementa[3]:

> MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - Nomeação - Candidatos aprovados em concurso público, dentro do número de vagas para o cargo de Analista de Políticas Públicas e Gestão Governamental - APPGG - Prazo de validade do edital não expirado e suspenso - Ausência de direito subjetivo à nomeação - E mesmo que assim não fosse, estão presentes os quatro vetores mencionados no RE nº598.099/MS (superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade) no sentido de justificar a ausência de nomeação dos recorrentes, mesmo que aprovados dentro de número de vagas previsto no certame R. sentença mantida. Recurso improvido.

Quanto ao argumento apresentado pelos Impetrantes de que, paralelamente, no tempo da pandemia, houve contratação de comissionados e terceirizados com funções correlatas com as do cargo de APPGG, o Relator entendeu que demandaria dilação probatória, incabível na estreita via do 'mandamus'.

A seu turno, o Ministério Público do Estado de São Paulo concluiu pelo arquivamento do Inquérito Civil (nº MP: 14.0695.0000375/2020-1), a partir de representação do Vereador Celso Giannazi, com base na matéria tratada no presente, considerando que o contexto fático-probatório "não evidenciou o cometimento de atos que justifiquem a continuidade do inquérito civil ou a propositura de ação civil pública", conforme constatado pela Secretaria Geral.

Assinala-se que, em virtude da independência entre as instâncias, eventual pronunciamento judicial não prejudica decisão controladora sobre a matéria.

Por fim, entendo que não houve comprovação de irregularidade praticada pela Origem ou que os servidores terceirizados estariam exercendo atividades privativas de servidores de carreira.

A título informativo, registro que em junho de 2023, a Secretaria Municipal de Gestão lançou o EDITAL DE ABERTURA DE INSCRIÇÕES Nº 03/2023[4] (Concurso Público de Ingresso), para o cargo de Analista de Políticas Públicas e Gestão Governamental – APPGG, citado nas Representações, ainda em andamento.

Ante o exposto, CONHEÇO **das Representações** processadas nos TCs 9.203/2020 e 10.821/2020, vez que presentes os requisitos de admissibilidade e, no **mérito**, JULGO-AS **IMPROCEDENTES**, com base no *quantum* fundamentado.

[3] Número de registro no TJSP: 20210000196849

[4] Disponível em: https://www.vunesp.com.br/SMGE2303 - Acesso em 07 de maio de 2024.

Deixo de fazer determinações, tendo em vista os diversos procedimentos fiscalizatórios próprios para tratar da matéria, processados neste Tribunal de Contas, e as providências que vêm sendo adotadas para que a PMSP implemente as medidas necessárias para regulamentação dos pontos questionados, visando à total regularidade das contratações de comissionados e de mão de obra terceirizada, além de imprimir transparência aos respectivos procedimentos.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
CONSELHEIRO RELATOR

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 29/07/2024 10:32:05 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo