



Câmara Municipal de Aracruz

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROCURADORIA

Processo nº: 1177/2023

Requerente: Comissão de Constituição e Justiça

Assunto: Legalidade de Projeto de Lei.

Parecer nº: 086/2023

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. PROJETO DE LEI. PROCESSO SELETIVO. PARECER PRÉVIO. REQUISITOS LEGAIS. POSSIBILIDADE.

1. RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo instaurado para verificar a possibilidade jurídica de promover a contratação de servidores por meio de processo simplificado, chamado de seletivo, para ocupar eventuais vacâncias nos cargos públicos da Câmara Municipal de Aracruz.

Encaminhado para a CJJ dessa casa, o vereador relator remeteu o mesmo para a Procuradoria, a fim de exarar parecer.

O processo foi autuado e numerado, contendo 10 folhas rubricadas.





Câmara Municipal de Aracruz

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

É o relatório.

2. DOS LIMITES DA PROCURADORIA NA APRECIÇÃO DA MATÉRIA

O p. parecer tem por finalidade auxiliar o gestor público no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados. Ele envolve, também, o exame prévio e conclusivo dos textos de contratos ou instrumentos congêneres a serem celebrados e publicados.

A função dos procuradores públicos, portanto, é justamente apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências, para salvaguardar a autoridade administrativa, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de adotar ou não a precaução recomendada.

Importante destacar que o exame dos autos processuais se restringe aos seus aspectos jurídicos, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica. Em relação a estes, partiremos da premissa de que a autoridade competente se municiou dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente exigidos.

Por isso, presume-se que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto à efetiva realização do serviço bem como à veracidade dos orçamentos apresentados, tenham sido regularmente determinadas/obtidas pelo (s) setor (es) competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

Finalmente, deve-se frisar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança do próprio gestor a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações.

É de se destacar que a jurisprudência atualmente é controvertida acerca da natureza do parecer exigido por força do art. 38 da Lei nº 8.666/93.

Nesse sentido, há julgados que o consideram de natureza vinculante ao administrador:





Câmara Municipal de Aracruz

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

O parecer do Procurador Municipal no caso de inexigibilidade de licitação, é vinculativo, e nos termos do art. 38 da Lei nº 8.666/93, encontra-se disposto na legislação que a autoridade antes de decidir acerca da questão, deve realizar consulta ao órgão técnico, e uma vez obtido o parecer, deve seguir a orientação exarada pela consultoria jurídica, motivo pelo qual o parecer não se caracteriza como ato meramente opinativo, mas reúne força vinculante, devendo o Procurador sofrer responsabilização solidária, se o ato do administrador, baseado no parecer causou prejuízo ao erário.(TJMG; EINF 1.0434.07.011846-9/020; Rel. Des. Duarte de Paula; Julg. 28/08/2014; DJEMG 03/09/2014)

Outros, por sua vez, entendem que, embora a emissão do parecer seja obrigatória, sua adoção é facultativa:

(...) 3. - Os pareceres jurídicos podem ser obrigatórios, facultativos ou vinculantes, mas a jurisprudência tem considerado que em se tratando de dispensa de licitação o parecer jurídico não apresenta caráter vinculativo. Precedentes: TJDF; Rec 2007.01.1.064161-4; Ac. 641.154; Quinta Turma Cível; Rel. Des. Angelo Canducci Passareli; DJDFTE 17/12/2012; Pág. 1192; TJPE; AI 0015853-84.2012.8.17.0000; Terceira Câmara de Direito Público; Relator Desembargador Luiz Carlos Figueirêdo; Julg. 11-04-2013; DJEPE 19-04-2013; Pág. 198. 4. (TJES, Classe: Agravo de Instrumento, 24149007908, Relator: DAIR JOSÉ BREGUNCE DE OLIVEIRA - Relator Substituto : ELISABETH LORDES , Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 16/12/2014, Publicação no Diário: 19/01/2015)

Em meio à discussão, temos como acertado o posicionamento segundo o qual a adoção do parecer é facultativa, sob pena de se transformar o parecerista, cuja função é aconselhar, em verdadeiro gestor.

Apesar disso, alertamos que o posicionamento atual do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo é no sentido de que os pareceres, em editais de





Câmara Municipal de Aracruz

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

licitação, são vinculantes ao gestor¹.

Por isso, caso se opte por não seguir as considerações abaixo relacionadas, deve o administrador fundamentar de forma minudente o seu ato, demonstrando as razões pelas quais entendeu não serem acertadas as orientações do órgão de assessoramento jurídico.

3. DA FUNDAMENTAÇÃO

A Administração Pública, em consonância com a Constituição Federal, submete-se aos princípios da *legalidade*, *impressoalidade*, *moralidade*, *finalidade* e *publicidade*. E, para a temática em análise, cabe destacar a *impressoalidade* e a *moralidade*, inerentes ao Estado de Democrático de Direito, que determinam, respectivamente, que a Administração trate a todos os

1 (...) Parecer vinculante em minuta de edital de licitação. Trata-se de Representação, com pedido cautelar, em face da Prefeitura Municipal de Anchieta, tendo em vista irregularidade ocorrida em Pregão Presencial, cujo objeto era a contratação de empresa para realização de oficinas culturais de várias modalidades. Em voto vista, o Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun acolheu a manifestação da área técnica no seguinte sentido: “(...) Frise-se, portanto, que o STF fixou, no julgamento do MS 24.584-DF, por maioria de votos, o entendimento de que a manifestação jurídica sobre minutas de editais de licitação, de contratos, de acordos, de convênios e de ajustes, tem natureza vinculante, e não meramente opinativa, de sorte que o emitente do parecer terá responsabilidade solidária com a autoridade que vier a praticar o ato, uma vez que o dispositivo deixa claro que deverá haver aprovação da assessoria jurídica, condicionando a prática do ato à aprovação do parecerista, havendo, assim, segundo o STF, compartilhamento de poder decisório (...). De acordo com a ITI 999/2014, o senhor (...), atuando como procurador, elaborou parecer acerca de edital de licitação supostamente viciado. Tal parecer, conforme apontamentos acima, tem natureza vinculante, e, não se subsumindo às hipóteses do inciso XVII, não incide na exceção do parágrafo único do art. 5º da LC 621/2012, enquadrando-se, assim, nas situações que são de competência desta Corte. Por esse motivo, o parecerista é legítimo para figurar no polo passivo do presente processo, dependendo, no entanto, sua efetiva responsabilização do exame do mérito da irregularidade (...)”. Por fim, asseverou que “no caso dos autos, somente analisando o teor do parecer jurídico emitido pelo Subprocurador é que se pode ter um juízo acerca de sua responsabilidade pelos atos tidos por irregulares” e votou por afastar a preliminar de ilegitimidade passiva do Subprocurador Municipal. O Plenário, à unanimidade, decidiu: “rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva do senhor (...), Subprocurador Municipal” e “considerar procedente a presente Representação, aplicando ao Subprocurador, Dr. (...), e à Pregoeira, Srª. (...), multa pecuniária individual no valor de 3.000,00 (três mil reais), na forma dos artigos 131, 132 e 135, inciso II da Lei Complementar Estadual nº 621/12”. Acórdão TC1803/2015-Plenário, TC 9033/2013, relator Conselheiro Marco Antônio da Silva, publicado em 15/02/2016.





Câmara Municipal de Aracruz

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

administrados sem discriminações *benéficas* ou *detrimentosas* e que atue na conformidade com os *princípios éticos*. Nesta esteira, enfrenta-se o tema suscitado, relativamente *ao procedimento em questão*.

A Constituição Federal é expressa ao determinar no art. 37, inciso II, e parágrafo 2º, a prévia aprovação em concurso público como condição *sine qua non* para o ingresso no serviço público. Estão ressalvadas as nomeações para cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, bem como a contratação temporária, nos casos e hipóteses previstas em lei, sob pena de nulidade do ato.

Portanto, a dispensa de concurso público para a contratação de servidores configura medida extrema, que só pode ser admitida em situações excepcionais e identificadas, uma a uma, no caso concreto, conforme autorização contida na lei.

É o que se apreende da lição do constitucionalista José Afonso da Silva, cuja posição afirma que o concurso público é instituto essencial à defesa dos postulados republicados que regem a Administração Pública, uma vez que:

O princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos visa essencialmente a realizar o princípio do mérito, que se apura mediante investidura por concurso publico de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.[1]

Preservando seu caráter republicano, contudo, a própria Constituição prevê no art. 37, inciso IX, restritivamente, os limites e as condições para *contratação temporária*. Nesse sentido, é a lição de Lucas Rocha Furtado:





Câmara Municipal de Aracruz

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

a legitimidade para contratação temporária prevista na Constituição pressupõe a necessidade da contratação seja temporária, e não apenas que o contrato firmado com o servidor tenha um prazo limitado. Exemplo de evidente equívoco ocorre com a contratação de professores substitutos em universidades federais. Não obstante a contratação desses professores seja feita no prazo determinado, a necessidade da Administração é permanente, o que não autoriza a utilização do regime previsto no mencionado art. 37, IX.[2]

Por isso, propala Celso Antonio Bandeira de Melo, outro laureado autor jurídico:

Cabem alguns cuidados evidentes, tanto no reconhecimento do que seja a situação excepcional ensejadora do contrato a ser feito, quando na caracterização de seus requisitos, sem o que estar-se-ia desconhecendo o sentido da regra interpretada e favorecendo a reintrodução de 'interino', em dissonância com o preceito em causa

Desde logo, não se coadunaria com a sua índole, contratar pessoal senão para evitar declínio do serviço ou para restaurar-lhe o padrão indispensável mínimo seriamente deteriorado pela falta de servidores. Vale dizer: tais contratos não podem ser feitos simplesmente em vista de aprimorar o que já existia e tenha qualidade aceitável, compatível com o nível corrente a que está feita a coletividade a que se destina.

Em segundo lugar, cumpre que tal contratação seja dispensável; vale dizer, indubitavelmente não haja meios de supri-la com o remanejamento de pessoal ou redobrado esforço dos servidores já existentes.

Em terceiro lugar, sempre na mesma linha de raciocínio, não pode ser efetuada para instalação ou realização de servidores novos,





Câmara Municipal de Aracruz

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

salvo, é óbvio, quando a irrupção de situações emergente ou exigiria e já agora por motivos indeclináveis, como os de evitar a periclitacão da ordem, segurança e saúde. **[3]**

Desta forma, a contrataçãõ temporária de agentes públicos comporta, pois, visualizaçãõ restrita, eis que sua utilizaçãõ é “*para atender a necessidade de excepcional interesse público*”, conforme dicçãõ do art. 37, inciso IX, final, da CF.

Com essa entonaçãõ, cita-se o voto do eminente Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, por ocasiãõ de seu voto na ADI 3430:

Este Tribunal, ademais, também já decidiu, de forma convergente com a doutrina, que, para a contrataçãõ temporária, é preciso que: a) os caos excepcionais estejam previsto em lei; b) o prazo de contrataçãõ seja pré-determinado; c) a necessidade seja temporária; e, d) o interesse público seja excepcional.

Cumpra, ainda, transcrever o fragmento de texto de Gustavo Alexandre Magalhães:

Necessidade transitória, refere-se à exigência de providências com duração pré-determinada, abrangendo situações de urgência que demandam providências imediatas, ou ainda atividades de natureza transitória que são incompatíveis com o provimento em caráter efetivo nos quadros da Administração Pública. **[4]**

Logo a necessidade transitória poderia consistir no exercício temporário de uma atividade permanente, como por exemplo, na hipótese de substituiçãõ de professor efetivo que esteja afastado em razãõ de gravidez, acidente, licençã por licençã saúde, licençã para aperfeiçoamento, ou, também, para o caso de algum convênio com órgãos ou entes estatais cuja duraçãõ seja de curto prazo e nunca de longo prazo ou indeterminado.





Câmara Municipal de Aracruz

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Essas contingências para manutenção do serviço público são bem identificadas justamente por estas razões, por exemplo, na Lei Federal que regulamentou o regime de contratação temporária no âmbito da União, sobretudo ao estabelecer os prazos máximos de contratação (art. 4º, Lei Federal nº 8.745/1993).

No caso em vertente, suscita-se possível necessidade de contratação temporária, conforme descrição contida na justificativa do projeto de lei.

Nesse diapasão, sugere-se que a presidência dessa casa **justifique**, por ocasião de confecção do edital, a contratação sob o ponto de vista dos pressupostos de *temporariedade* e *excepcionalidade*. Para tanto, vale destacar como os nossos tribunais, especialmente o TJES, tem visto o tema a respeito da contratação de temporários, senão vejamos:

62636 - DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDITAL SEGER Nº 19/2014.PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES PARA PREENCHIMENTO DE 19 (DEZENOVE) CARGOS DESTINADOS A PROFISSIONAIS DE ÁRES DIVERSAS. NECESSIDADE PERMANENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE CONCURSO PÚBLICO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I. O artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, dispõe que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em Lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em Lei de livre nomeação e exoneração". II. **Na hipótese, por meio do Edital SEGER nº 19/2014, de 13.05.2014, o Recorrente deflagrou Processo Seletivo Simplificado destinado à contratação de 19 (dezenove) profissionais de áreas de formação diversas, além do preenchimento de cadastro de reserva, visando, conforme aduziu, atender às**





Câmara Municipal de Aracruz

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

necessidades emergenciais vinculadas às ações sociais do Governo Estadual, através do "Programa Estado Presente". Não obstante, as funções atribuídas aos respectivos cargos - Sob o título de "Especialista em Desenvolvimento Humano e Social" - Buscariam, a rigor, atender a necessidade de ordem permanente, no âmbito da Administração Pública Estadual, violando o normativo constitucional que exige a contratação de Servidores por meio de Concurso Público. A contratação temporária de Servidores somente deve ocorrer em situações emergenciais e temporárias, conforme o teor do artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal, o que não restou verificado, no caso. III. Recurso conhecido e improvido. (TJES; AI 0017903-89.2014.8.08.0024; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Namyr Carlos de Souza Filho; Julg. 02/09/2014; DJES 11/09/2014) (grifo nosso).

Por isso, a admoestação quanto a necessidade de justificação acerca da temporariedade e excepcionalidade na contratação por meio do processo seletivo simplificado, visto que é medida de exceção em relação ao concurso público.

Aliás, não é de balde salientar que a procuradoria não examina conveniência e oportunidade na contratação, ou mesmo na justificativa apresentada pelos edis requisitantes.

Compulsando os autos, verifico haver justificativa apresentada no anexo do Projeto de lei em comento, donde se extrai a necessidade de contratação por meio do processo seletivo.

Superado este item quanto a justificativa, entendo ser possível a abertura de processo seletivo, de acordo com a proposta as fls. 02, observando-se, em todo o certame, as diretrizes da lei específica que trate sobre o tema.

4. CONCLUSÃO





Câmara Municipal de Aracruz

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Em face do exposto e desde que sejam observadas as recomendações do parecer, sobretudo quanto ao caráter excepcional da contratação, opino pela legalidade do projeto de lei apresentado, para possibilitar futuramente a abertura do processo seletivo, para contratação temporária, a fim de *atender a necessidade de excepcional interesse público devidamente justificado*.

Registra-se que a presente análise leva em consideração, exclusivamente, as informações e justificativas constantes no processo administrativo em epígrafe, até a presente data. Por oportuno, vale frisar que incumbe à Procuradoria-Geral prestar consultoria somente sob o aspecto jurídico, não lhe competindo adentrar na conveniência ou na oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração Pública, nem analisar aspectos de natureza técnico-administrativa.

Conseqüentemente, as orientações jurídicas da Procuradoria-Geral, no exercício de sua competência consultiva, possuem caráter somente opinativo, restritas aos aspectos jurídicos, recaindo exclusivamente sobre os agentes públicos competentes a responsabilidade pela regularidade dos atos do procedimento, pela veracidade das informações e justificativas postas nos autos, pelo enquadramento da situação fática à hipótese legal e pelas demais providências orçamentárias.

É o parecer, à superior consideração.

Aracruz/ES, 25 de julho de 2023.

DOLIVAR GONÇALVES JUNIOR

Procurador Geral – mat. 900174

OAB/ES 12.810

