

DENÚNCIA N. 1012033

Denunciante: Antônio Souza de Jesus Filho

Denunciada: Prefeitura Municipal de Coqueiral

Responsável: Rossano de Oliveira, prefeito de Coqueiral

Procuradores: Geise de Fátima, procuradora geral, OAB/MG 114.121; Aéliton Matos, OAB/MG 176.397; Karoline Rodrigues Pinheiro, OAB/MG 152.462; Melissa Lara Andrade, OAB/MG 143.866; Michele Rocha Cortes Hazar, OAB/MG 139.215; Pedro Henrique Brito May Valadares de Castro, OAB/MG 165.721; Izabela Sabatini Sampaio Rocha, OAB/MG 49.930-E (fl. 148)

MPTC: Sara Meinberg

RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO

EMENTA

DENÚNCIA. PREFEITURA. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. RECONHECIMENTO. SERVIDOR OCUPANTE EXCLUSIVAMENTE DE CARGO EM COMISSÃO. EXERCÍCIO DE FUNÇÕES TÍPICAS DE CARGO EFETIVO. DESVIO DE FUNÇÃO. OCORRÊNCIA. PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. EXPEDIÇÃO DE DETERMINAÇÕES AO PREFEITO. PREVISÃO DE MULTA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO.

1. Em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entende-se que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital possui direito subjetivo à nomeação, ao qual corresponde o dever da Administração Pública de nomear, salvo justificativa excepcionalíssima, que verse, por exemplo, sobre insuficiência financeira devidamente comprovada pelo ente público, a qual impossibilite a admissão de novos servidores, sob o risco de descumprimento das normas de responsabilidade fiscal. [Recurso Extraordinário n. 837311/PI].

2. Em atenção ao chamado “princípio do concurso público”, veda-se que servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão exerça funções típicas de cargos efetivos, sem que para isso tenha prestado concurso público, incorrendo em flagrante desvio de função, sob pena de responsabilização do próprio servidor, nas instâncias competentes, e do gestor público responsável por sua admissão ou contratação. [Constituição da República de 1988, art. 37, inciso II].

NOTAS TAQUIGRÁFICAS**20ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara – 18/06/2019**

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de denúncia formulada pelo sr. Antônio Souza de Jesus Filho, em razão de possíveis irregularidades ocorridas na área de pessoal da Prefeitura de Coqueiral, visto que o sr. Sebastião Faria, embora tenha sido nomeado para um cargo em comissão do Serviço Autônomo de Água e Esgoto – SAAE, estaria exercendo indevidamente as atribuições típicas do cargo efetivo de engenheiro naquela Prefeitura, em detrimento do denunciante, que fora aprovado em primeiro lugar para o cargo de engenheiro no concurso público regido pelo Edital n. 01/2016, às fls. 1 a 11.

Aludida denúncia foi recebida neste Tribunal em 4/5/2017, consoante despacho presidencial à fl. 12.

Em cumprimento à diligência determinada à fl. 14, a Prefeitura de Coqueiral encaminhou a documentação acostada às fls. 21 a 83, devidamente analisada pela unidade técnica, às fls. 94 a 97, que entendeu pela procedência da denúncia, haja vista a contratação irregular de servidor para exercer cargo comissionado de diretor adjunto do SAAE, com atribuições inerentes ao cargo de engenheiro.

O Ministério Público de Contas, em manifestação preliminar, às fls. 106 a 112, opinou pela citação do prefeito Rossano de Oliveira, para que apresentasse defesa sobre o estudo técnico, assim como sugeriu que esta Corte expedisse recomendação, para que fosse assegurado de forma efetiva o direito subjetivo à nomeação para aqueles candidatos que tivessem sido aprovados dentro do número de vagas previstas no edital.

Em resposta à nova diligência, a Prefeitura de Coqueiral enviou a documentação juntada às fls. 119 a 130, e o representante do SAAE apresentou os documentos às fls. 132 a 142.

Seguiu-se a citação do prefeito Rossano de Oliveira, que aduziu a defesa às fls. 149 a 159, alegando que não restou configurado que o sr. Sebastião Faria estivesse assumido o cargo que seria de direito do denunciante. Ressaltou, ainda, que, para a nomeação de candidato aprovado em concurso público, não basta apenas a existência de vaga, é necessário o interesse da administração em provê-lo.

Em sede de reexame, às fls. 167 a 169, a unidade técnica concluiu que as determinações do relator ao longo da instrução foram cumpridas, além de ter entendido que não restou comprovado o desvio de função denunciado.

Às fls. 175 a 181, foi juntada a cópia da sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 0071.17.002785-9, pelo r. juízo da 1ª Vara Cível, Criminal e Execuções Penas da Comarca de Boa Esperança, que determinou que o prefeito de Coqueiral procedesse à nomeação do denunciante para o cargo de engenheiro.

No parecer conclusivo de fls. 186 a 189, o Ministério Público de Contas opinou: (1) pela procedência da denúncia; (2) por determinar ao prefeito que este efetive o direito subjetivo do denunciante à nomeação para o cargo de engenheiro, no qual foi aprovado em primeiro lugar, dentro do número de vagas ofertadas no certame, sob pena de aplicação de multa; (3) pela ocorrência de desvio de função, em razão do desempenho, pelo sr. Sebastião Faria, das

atribuições técnicas inerentes ao cargo efetivo de engenheiro, sob responsabilidade do prefeito Rossano de Oliveira.

Na sequência, os autos foram conclusos à relatoria.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Preliminar - Da independência entre as instâncias judicial e de controle externo pelos Tribunal de Contas

Registre-se que o sr. Antônio Souza de Jesus Filho impetrou mandado de segurança no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Autos n. 0071.17.002785-9), cujo objeto coincide com o da presente denúncia. Tal ação está em curso, tendo sido proferida sentença concedendo a segurança requerida, conforme espelho da tramitação constante do site do TJMG.¹ Não ocorreu ainda o trânsito em julgado da decisão proferida.

Independentemente disso, ainda que os objetos das ações administrativa e judicial coincidam, **deve-se destacar a independência entre as instâncias**, decorrente da independência dos próprios Poderes do Estado, conforme o *caput* do art. 2º da Constituição, bem como em razão das competências constitucionais inafastáveis dos Tribunais de Contas, de acordo com o art. 71 da CR/88.

A jurisprudência deste Tribunal expressa tal entendimento. É o que revela a seguinte ementa de decisão em processo de inspeção ordinária desta Corte:

INSPEÇÃO ORDINÁRIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PRELIMINAR. TRAMITAÇÃO CONCOMITANTE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA PERANTE O JUDICIÁRIO COM DENÚNCIA NESTA CORTE DE CONTAS. POSSIBILIDADE. PREJUDICIAL DE MÉRITO. AFASTADA A ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL. MÉRITO. DESPESAS COM CARNAVAL REALIZADAS MEDIANTE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS IRREGULARMENTE PRATICADOS. APLICAÇÃO DE MULTA AO RESPONSÁVEL.

1 – A existência de ação judicial não obsta o controle efetivado por esta Corte, uma vez que as competências da Justiça e deste Tribunal não são excludentes, sendo operadas de forma totalmente independentes.

2 – Destaca-se que o Tribunal de Contas, cuja competência é prevista constitucionalmente, utilizando sua estrutura multidisciplinar, analisa a matéria não somente sob os aspectos legais e formais, mas também quanto à eficiência, economicidade, oportunidade, legitimidade, razoabilidade e efetividade de aplicação dos recursos públicos disponibilizados.

3 – No caso específico não há comprovação da ocorrência de prejuízo ao município, mas consideram-se irregulares a venda de ingressos pelas empresas autorizadas, e a falta de fiscalização por parte do município da receita obtida pelas empresas beneficiadas (art. 67 da Lei n. 8666/93), à vista dos princípios norteadores da gestão pública do art. 37 da CR/88.

¹ Consulta disponível em:

<https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes.jsp?comrCodigo=71&numero=1&listaProcessos=17002785>. Acesso em 4 jun. 2019.

4 – A formalização da inexigibilidade deve ser feita nos exatos termos do art. 26 da Lei n. 8.666/93, devendo constar não só as razões da escolha da contratada como também os critérios para a pesquisa de preços a fim de demonstrar a razoabilidade dos valores acordados com os preços de mercado.² (Grifo nosso).

Nesse sentido, em consonância com a manifestação do Ministério Público de Contas, entendo pela continuidade da tramitação do processo nesta esfera administrativa, tendo em vista que a existência de ação judicial não obsta o controle exercido pelas Cortes de Contas.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Acolho a proposta.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Também acolho.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Também acolho.

ACOLHIDA A PRELIMINAR.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO:

2. Mérito - Das irregularidades

A análise dos autos revela que são duas as questões controversas: em primeiro lugar, se há, ou não, direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas ofertadas no certame; em segundo lugar, se ocorreu desvio de função quando do suposto desempenho de funções típicas do cargo efetivo de engenheiro por servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão de autarquia.

No que tange à primeira questão, verifica-se que o sr. Antônio Souza de Jesus Filho, de fato, foi aprovado em primeiro lugar para o cargo de engenheiro ofertado por meio do concurso regido pelo Edital n. 01/2016, conforme documento à fl. 6. Em sua defesa, o prefeito de Coqueiral aduziu que vem convocando os aprovados no referido concurso na medida em que tal providência se faz estritamente necessária (fl. 152). Alegou ainda estar no regular exercício da discricionariedade, já que para nomeação do candidato não bastaria apenas a existência da vaga, sendo indispensável o interesse da Administração em provê-lo. Aduziu também a necessária adstrição à Lei de Responsabilidade Fiscal, já que teriam que ser tomadas todas as cautelas necessárias para que tal lei não fosse infringida.

Em que pesem as alegações do prefeito, inclusive no que toca à discricionariedade quanto ao momento de nomeação do candidato aprovado no concurso, não se vislumbra qualquer justificativa plausível para não se nomear o sr. Antônio Souza de Jesus Filho, diante das circunstâncias concretas (i.e., nomeação de candidatos aprovados em outros cargos no mesmo

² Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Processo nº 778099, Natureza: Inspeção Ordinária, Relator: Conselheiro Wanderley Ávila, Publicado em: 13/6/2016.

concurso e suposto exercício, por servidor ocupante de cargo em comissão, das atribuições típicas do cargo efetivo de engenheiro).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já expressou o entendimento de que os candidatos aprovados dentro do número de vagas oferecidas no concurso têm direito subjetivo à nomeação, ao qual corresponde o dever da Administração de nomear. De fato, embora se possa reconhecer certa margem de liberdade do administrador público para definir **o momento** de nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas previstas no edital, desde que respeitado o prazo de validade do certame, a margem de discricionariedade **para convocar** tais aprovados **é reduzida ao patamar zero**, surgindo daí o direito subjetivo à nomeação (Recurso Extraordinário n. 837311/PI).³

Nesse sentido, considero procedente à denúncia no que toca ao reconhecimento do direito subjetivo do sr. Antônio Souza de Jesus Filho à nomeação para o cargo de engenheiro.

Prova disso é que, em consulta ao Cadastro de Agentes Públicos do Estado e dos Município de Minas Gerais – CAPMG, no sítio eletrônico deste Tribunal, verifica-se que o sr. Antônio Souza de Jesus Filho, ora denunciante, ingressou no cargo de engenheiro do quadro de pessoal da Prefeitura de Coqueiral em 6/12/2018, constando inclusive na folha de pagamento do mês de abril/2019, conforme documentos juntados às fls. 190 e 191.

Prosseguindo, em relação à denúncia de desvio de função, observa-se, à fl. 9, que o sr. Sebastião Faria, na condição de engenheiro, assina como responsável técnico pela supervisão dos serviços de recomposição asfáltica em vias públicas, licitados por meio de pregão presencial (Processo licitatório n. 055/2017). À época da realização do certame, o sr. Sebastião Faria estava no exercício do cargo em comissão de Administrador Adjunto do SAAE, para o qual foi nomeado em fevereiro de 2017. As atribuições do referido cargo abrangem as funções de direção e assessoramento, conforme documentos de fls. 28 a 37. Assim, ele não poderia exercer, sob pena de incorrer em ilegalidade, funções típicas do cargo efetivo de engenheiro civil. Fica clara, portanto, a contrariedade ao chamado “princípio do concurso público”, contemplado no art. 37, inciso II, da Constituição da República de 1988.⁴

Embora já afirmada a independência entre as instâncias, veja-se que na sentença no mandado de segurança n. 0071.17.002785-9, fls. 175 a 181, chegou-se à mesma conclusão de que o sr. Sebastião Faria exerceu indevidamente o cargo de engenheiro na Prefeitura de Coqueiral. Esse foi também o entendimento do Ministério Público de Contas, em seu parecer conclusivo.

Pelas razões expostas, considero procedente a denúncia no que toca ao alegado desvio de função. No entanto, deixo de sancionar o prefeito Rossano de Oliveira, uma vez que, nos termos da Lei Complementar municipal n. 021/2013, a responsabilidade de nomear e exonerar servidor do SAAE é do Administrador Geral dessa entidade, um serviço autônomo constituído como autarquia e, como tal, dotado de autonomia administrativa e financeira em relação à Administração Pública Direta. Embora a referida lei complementar também preveja a necessidade de autorização do prefeito para se proceder à nomeação, no meu entender,

³ RE 837311, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-072 Divulg 15/42016 Public 18/4/2016.

⁴ 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: [...] II - 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. (Grifo nosso).

considerando a organização da Administração Pública municipal e sua estrutura hierárquica, a responsabilidade pelo desvio de função deveria ser reportada em primeiro lugar ao Administrador Geral do SAAE e não ao prefeito.

Desse modo, visto que o sr. Glauciano Siqueira de Araújo, então Administrador Geral do SAAE, não foi convocado para integrar como parte a presente relação processual, e considerando a fase avançada em que se encontra este processo, deixo de aplicar multa, devido à ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular.

Ao ensejo, na linha do exposto no parecer ministerial, determino que o prefeito de Coqueiral adote as medidas necessárias para nomear todos os demais aprovados dentro do número de vagas previstas no concurso público regido pelo Edital n. 01/2016, no prazo de validade do certame, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à aplicação da multa de que trata o art. 85, inciso III, da Lei Orgânica desta Corte.

Determino ainda que o prefeito se abstenha de admitir, dentro dos limites de suas atribuições, que servidores ocupantes de cargo em comissão do município, em especial, no SAAE, exerçam funções alheias aos cargos para os quais foram nomeados, incorrendo em desvio de função, sob pena de instauração de nova ação de fiscalização e de aplicação de multa.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, em sede preliminar, entendo pela continuidade da tramitação do processo nesta esfera administrativa, tendo em vista a independência entre as instâncias judicial e de controle externo exercido pelos Tribunais de Contas.

No mérito, julgo procedente a denúncia, no que tange ao reconhecimento do direito subjetivo à nomeação, de titularidade do sr. Antônio Souza de Jesus Filho, aprovado em primeiro lugar para o cargo de engenheiro no concurso regido pelo Edital n. 01/2016, bem como à ocorrência de desvio de função, uma vez que ficou demonstrado que o sr. Sebastião Faria, ocupante exclusivamente de cargo em comissão no SAAE, exerceu indevidamente as atribuições do cargo efetivo de engenheiro na Prefeitura de Coqueiral.

Determino que o prefeito de Coqueiral adote as medidas necessárias para nomear todos os demais aprovados dentro do número de vagas previstas no concurso público regido pelo Edital n. 01/2016, no prazo de validade do certame, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à aplicação da multa de que trata o art. 85, inciso III, da Lei Orgânica desta Corte.

Determino ainda que o prefeito se abstenha de admitir, dentro dos limites de suas atribuições, que servidores ocupantes de cargo em comissão do município, em especial, no SAAE, exerçam funções alheias aos cargos para os quais foram nomeados, incorrendo em desvio de função, sob pena de instauração de nova ação de fiscalização e de aplicação de multa ao gestor responsável.

Após o trânsito em julgado e promovidas as medidas cabíveis à espécie, **arquivem-se** os autos, com esteio no art. 176, inciso IV, do Regimento Interno.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Acolho a proposta de voto.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Senhor Presidente, acolho a proposta de voto, mas entendo que as determinações feitas pelo Relator também devem ser estendidas ou endereçadas ao Administrador Geral do SAAE,

porquanto ressaí do voto do Relator, de acordo com a Lei Complementar Municipal n. 21/2013, ele também tem competência e responsabilidade de nomear e exonerar servidores da entidade.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Senhor Presidente, vou aderir também a esta parte trazida pelo Conselheiro Gilberto Diniz.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Esta Presidência também acompanha o voto do Conselheiro Gilberto Diniz.

Conselheiro Licurgo Mourão, Vossa Excelência deseja acolher a proposta de complementação do voto de Vossa Excelência feita pelo Conselheiro Gilberto Diniz?

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO:

Com certeza, Senhor Presidente.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Na realidade, estou é estendendo. Que se faça também ao administrador do SAAE e não só ao Prefeito.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

ACOLHIDA A PROPOSTA DE VOTO.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento, das Notas Taquigráficas e diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator que aderiu à complementação do Conselheiro Gilberto Diniz, em: **I)** acolher, na preliminar, a continuidade da tramitação do processo na esfera administrativa, tendo em vista que a existência de ação judicial não obsta o controle exercido pelas Cortes de Contas; **II)** julgar, no mérito, procedente a denúncia, no que tange ao reconhecimento do direito subjetivo à nomeação, de titularidade do sr. Antônio Souza de Jesus Filho, aprovado em primeiro lugar para o cargo de engenheiro no concurso regido pelo Edital n. 01/2016, bem como à ocorrência de desvio de função, uma vez que ficou demonstrado que o sr. Sebastião Faria, ocupante exclusivamente de cargo em comissão no SAAE, exerceu indevidamente as atribuições do cargo efetivo de engenheiro na Prefeitura de Coqueiral; **III)** determinar que o prefeito de Coqueiral e o administrador-geral do SAAE adotem as medidas necessárias para nomear todos os demais aprovados dentro do número de vagas previstas no concurso público regido pelo Edital n. 01/2016, no prazo de validade do certame, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à aplicação da multa de que trata o art. 85, inciso III, da Lei Orgânica desta Corte e, ainda, que se abstenham de admitir, dentro

dos limites de suas atribuições, que servidores ocupantes de cargo em comissão do município, em especial, no SAAE, exerçam funções alheias aos cargos para os quais foram nomeados, incorrendo em desvio de função, sob pena de instauração de nova ação de fiscalização e de aplicação de multa ao gestor responsável; IV) determinar, após o trânsito em julgado e promovidas as medidas cabíveis à espécie, o arquivamento dos autos, com esteio no art. 176, inciso IV, do Regimento Interno.

Plenário Governador Milton Campos, 18 de junho de 2019.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

LICURGO MOURÃO
Relator

(assinado digitalmente)

li/jb

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ____/____/_____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ____/____/_____.

**Coordenadoria de Sistematização de
Deliberações e Jurisprudência**