

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul



GUIA PRÁTICO DE ADMISSÕES

Porto Alegre, março de 2008.

SUMÁRIO

1 3

GUIA PRÁTICO DE ADMISSÕES	3
INTRODUÇÃO	3
1.1 ESPÉCIES DE ATOS ADMISSIONAIS EXAMINADOS PELO TCE/RS	4
1.1.1 CONCURSO PÚBLICO	5
1.1.1.1 O EDITAL	6
1.1.1.2 FALHAS MAIS OCORRENTES	7
1.1.1.2.1 Requisitos para inscrição capazes de restringir o acesso ao cargo ou ao emprego público	7
1.1.1.2.2 Imposição de limite etário sem justificativa aceitável	8
1.1.1.2.3 Elaboração de provas práticas sem definição precisa de quesito	8
1.1.1.2.4 Não comprovação da habilitação necessária para o exercício profissional	8
1.1.1.2.5 Não apresentação de documento necessário à posse	9
1.1.1.2.6 Ausência de documentação do certame	9
1.1.1.2.7 Admissão para cargo, emprego ou função pública em número superior à previsão legal	10
1.1.1.2.8 Acúmulo	10
1.1.1.2.9 Desrespeito ao resultado final do certame	10
1.1.2 ADMISSÃO POR PROCESSO SELETIVO PÚBLICO ¹	11
1.1.3 CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA	12
1.1.4 ADMISSÃO POR DECISÃO JUDICIAL	14
1.1.5 ADMISSÃO SEM FUNDAMENTAÇÃO LEGAL	15
1.2 ATOS DERIVADOS DE PESSOAL	15
1.3 A EXECUÇÃO DA DECISÃO DENEGATÓRIA DE REGISTRO	18
1.4 ALGUMAS QUESTÕES CONTROVERTIDAS	20
1.4.1 Prescrição (Lei Federal nº 9.784/99, art. 54)	21
1.4.2 Lei Federal dos contratos temporários (Lei nº 8.745/93)	21
1.4.3 Licitação X Concurso Público	21
1.4.4 Circunstâncias impeditivas do desligamento do servidor por decisão do TCE	22
1.4.5 22	
Decisão do TCE X decisão judicial em sentido contrário:	22
1.4.6 Conceitos de Cargo, Emprego e Função	23

1 GUIA PRÁTICO DE ADMISSÕES

INTRODUÇÃO

A competência dos Tribunais de Contas, no que concerne ao exame dos atos de admissão de pessoal, tem expressa previsão no art. 71, inciso III, da Constituição Federal, cujo conteúdo é o seguinte:

Art. 71 - O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

III – Appreciar, para fins de registro, a legalidade **dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, excetuadas as nomeações para o cargo de provimento em comissão,** bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; (grifo não original)

A Lei Maior do Estado do Rio Grande do Sul conta com disposição análoga:

Art. 71 - O controle externo, a cargo da Assembléia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, ao qual compete, além das atribuições previstas nos arts. 71 e 96 da Constituição Federal, adaptados ao Estado, emitir parecer prévio sobre as contas que os Prefeitos Municipais devem prestar anualmente.

O TCE/RS realiza o exame de que trata o art. 71, inciso III, da Constituição Federal tendo em vista a totalidade dos atos administrativos desta espécie. A missão constitucional que a esta Casa incumbe não se cinge a impugnações, mas abrange orientações, consultas, palestras, elaboração e divulgação de material de apoio.

Assim, a Supervisão de Admissões, Pensões e Inativações – SAPI elaborou o Guia Prático de Aposentadorias e Pensões que, disponível na Internet

desde 2004 e atualizado periodicamente, é consultado pelos órgãos e poderes jurisdicionados, resultando, desde então, na melhora dos expedientes inativatórios que chegam a esta Corte para exame e, por conseguinte, na redução de impugnações e aumento de registro de atos inativatórios.

Na mesma linha, este Guia pretende ser um material de apoio ao jurisdicionado, em matéria de admissões. Sua objetividade e abrangência deverão se mostrar hábeis à solução das dúvidas mais comuns que surgirem no cotidiano do administrador. Outrossim, o enfoque do presente Guia visa a demonstrar as falhas mais ocorrentes observadas em processos admissionais, ilegalidades essas que resultam em negativa de registro dos correspondentes atos.

Por óbvio, o conteúdo deste trabalho não vincula os julgados, os pareceres e sequer as opiniões técnicas deste Tribunal de Contas. Trata-se de mera exposição de entendimentos construídos, não sobre convergência absoluta – algo não peculiar em Colegiados Julgadores -, mas sobre uma jurisprudência majoritária, vigente na ocasião.

1.1 ESPÉCIES DE ATOS ADMISSIONAIS EXAMINADOS PELO TCE/RS

A melhor inteligência do vocábulo “admissão”, mencionado no art. 71, inciso III, da Constituição Federal abrange não apenas o regramento do certame - no caso de concurso público ou processo seletivo público -, a legislação que autoriza a contratação temporária ou a decisão judicial que determinou o vínculo empregatício do contratado, mas também a admissão em sentido estrito, o que compreende formalidades, tais como apresentação de documentos necessários à posse, publicidade de atos, suficiência do quadro, situação funcional do admitido etc¹

Em linhas gerais, o Tribunal de Contas realiza auditoria de admissões visando ao exame dos atos admissionais originários², do tipo concurso público, contratos temporários, decisão judicial e sem fundamentação legal. Também examina, em procedimento próprio de auditoria, os chamados atos derivados de

1 - Ver Resolução nº 787/2007.

2 - Assim são denominados os atos admissionais que inauguram uma relação com a Administração

peçoal³, tais como aproveitamento, readaptação, readmissão, recondução, reintegração, reenquadramento, transferência de município-mãe, transposição de regime jurídico, reversão e outras transferências. Tais atos, nos termos da Resolução TCE nº 788/2007, também são analisados em sua universalidade, e compõem processo próprio, que contará com decisão específica, que concluirá pela regularidade ou irregularidade dos mesmos.

Em que pese este Tribunal não tenha entendimento pacificado sobre ser o registro do ato admissional requisito à legalidade da inativação⁴, celeuma esta instalada após a Emenda Constitucional n 20 que dotou as aposentadorias eminentemente contributivas, o certo é que tanto o registro da admissão e dos eventuais atos derivados de pessoal do inativando, desde que posteriores a 05-10-1988, são efetivamente verificados no âmbito técnico e informados ao Julgador, por ocasião do exame da inativação.

Quadro 01	
Atos verificados em auditoria de admissão	Atos verificados em auditoria própria
Atos originários de admissão, passíveis de Registro ou Negativa de Registro (Resolução nº 787/2007)	Atos derivados de pessoal que serão considerados Regulares ou Irregulares (Resolução nº 788/2007)
<ul style="list-style-type: none"> - Admissão por Concurso Público - Contratação por Prazo Determinado - Admissão por Decisão Judicial - Admissão sem Fundamentação Legal - Admissão por Processo Seletivo Público 	<ul style="list-style-type: none"> - Aproveitamento - Readaptação - Readmissão - Recondução - Reversão - Reintegração - Reenquadramento - Transferência de Município-Mãe - Transposição de Regime Jurídico - Outras Transferências

1.1.1 CONCURSO PÚBLICO

Uma das alterações relevantes que a Constituição de 1988 trouxe consigo foi à obrigatoriedade do Concurso Público para o ingresso no serviço público. A única exceção a esta regra está prevista no art. 37, inciso IX, da Constituição Federal - tema

3 - Assim denominam-se os atos que pressupõem uma relação já existente com a Administração.

4 - processos nºs **5485-0200/95-3** - decisão plenária - alterou o entendimento da Jurisprudência do TCE, para entender que a negativa de registro a admissão não contamina a aposentadoria; **5262-0200/05-0** - decisão plenária - voltou à antiga interpretação, para considerar que a negativa de registro à admissão implica na impossibilidade

que será abordado adiante -, sem falar nos cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração e nos processos seletivos públicos⁵.

Assim, o administrador público deverá suprir as necessidades de pessoal mediante concurso público para provimento de cargos ou empregos ⁶.

1.1.1.1 O EDITAL

O Tribunal de Contas examina as admissões depois de ocorridas. Contudo, do edital do competitivo e de sua criteriosa elaboração dependerá o sucesso do certame. Tanto é verdade que já se cogitou na verificação prévia, pelo TCE, de todos editais de concursos públicos. No entanto, pensou-se que, talvez, em assim agindo, estar-se-ia ultrapassando o limite entre fiscalizar e administrar, ferindo assim, a salutar autonomia dos entes auditados, o que não implica não possa o Administrador realizar consultas prévias, nesse sentido, aos setores competentes desta Casa. Também esta Corte poderá atuar previamente em hipóteses especiais e no caso de denúncias que, tidas como procedentes, poderão determinar o cancelamento do competitivo, inclusive em sede de liminar, após deflagrado o procedimento próprio.

O edital deve ser um instrumento atento aos princípios constitucionais, tais como moralidade, publicidade, legalidade e impessoalidade (art. 37, CF). A legalidade diz com a submissão às leis, local, regional e federal⁷ e à própria Constituição Federal; a publicidade diz com a necessidade de efetiva divulgação, em local de amplo acesso, em tempo e por tempo suficiente à divulgação geral e irrestrita; a moralidade indica a impossibilidade, ainda que dentro dos limites legais, de criar situações contrárias à ética. A impessoalidade, por fim, veda que o certame favoreça quem quer que seja, em detrimento de outros.

da aposentadoria; **8406-0200/06-6** - decisão plenária - novamente passou a entender que a negativa de registro a admissão não impede a inativação.

⁵ - Emenda Constitucional nº 51/06.

⁶ - A partir da Emenda Constitucional nº 19, que banuiu o chamado Regime Jurídico Único, passou a ser possível prover empregos públicos mediante concurso. Contudo, a matéria foi objeto da ADI nº 2135 que suspendeu liminarmente a vigência da atual redação do art 39, *caput*, da CF, até a decisão final da referida ação.

⁷ - O edital não pode estar dissociado da lei que criou o cargo ou o emprego, no que diz com os requisitos ao exercício dos mesmos.

Abaixo, as falhas mais ocorrentes no concurso público, sendo que as 04 (quatro) primeiras são passíveis de observação já por ocasião da feitura do edital.

1.1.1.2 FALHAS MAIS OCORRENTES

As irregularidades arroladas abaixo, segundo um minucioso exame realizado nos expedientes admissionais, são responsáveis pela grande maioria das impugnações em concurso público⁸. Evitando-as, o administrador terá uma chance mínima de ver seu competidor sucumbir. Nos casos em que o Poder Público delega a uma empresa privada a realização de qualquer procedimento admissório, não é demais referir que é de extrema importância à verificação aprofundada da idoneidade de tal pessoa jurídica, assim como dos próprios sócios que a compõem. Não é demais lembrar que permanece a responsabilidade do Administrador, relativamente a certame realizado por interposta pessoa jurídica.

Algumas das falhas abaixo têm origem no edital, e não naquilo tudo que dele decorre (inscrição, provas, ingresso etc). Quando a irregularidade do concurso for de tal magnitude que o contamine integralmente – o que, com frequência, decorre do edital mal elaborado, capaz de atingir até mesmo os não inscritos⁹ -, o Tribunal de Contas poderá determinar a anulação de todo o certame, e, por conseguinte, negar registro a todas admissões dele decorrentes.

1.1.1.2.1 Requisitos para inscrição capazes de restringir o acesso ao cargo ou ao emprego público

A universalidade do concurso público não permite que sejam concebidas desigualdades consistentes na discriminação ou no excesso de prestígio a determinadas categorias de pessoas. Fosse possível tal espécie de exigência, o concurso público, com relativa facilidade, poderia ser endereçado a determinado candidato, alijando outros do processo, sacrificando, desta feita, o primado da impessoalidade.

Assim, exigências do tipo “tempo de serviço em determinado cargo ou

⁸ - Por questões práticas, quando o texto mencionar o vocábulo “função”, trata-se de falhas também observadas nos contratos temporários.

⁹ - Por vezes o edital contém alguma cláusula que impede a inscrição de candidatos que, à luz do regramento

emprego”, “tempo de serviço em determinada municipalidade” ou requisitos muito específicos não seriam recomendáveis, mas, todavia, aceitáveis, em sede de prova de títulos¹⁰.

1.1.1.2.2 Imposição de limite etário sem justificação aceitável

O Supremo Tribunal Federal (Súmula 683) já decidiu que tal limitação somente será possível quando a natureza das atribuições do cargo justificar. Exemplificando, uma atividade que exija vigor físico, tal como calceteiro, estivador ou segurança não poderia ser desenvolvida, em tese, por um sexagenário, sendo em tais hipóteses possível limitar. Contudo, seleção para atividades burocráticas, em princípio, não pode consignar tais limitações. Segundo as diretrizes acima, as hipóteses terão de ser analisadas caso a caso, atentando-se sempre à razoabilidade. O fundamento constitucional de tal orientação está no art. 39, § 3º, da Carta, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19.

1.1.1.2.3 Elaboração de provas práticas sem definição precisa de quesito

É certo que toda prova prática tem alguma carga de subjetividade; em outras palavras, inviável dotar uma prova prática de critérios tão objetivos quanto aqueles possíveis em provas escritas. Todavia, é possível limitar o grau de arbitrariedade ou subjetividade a níveis insignificantes. Tanto será possível a partir da minuciosa descrição de cada critério e cada atividade examinada, permitindo ao eventual eliminado ou mal classificado, impugnar o resultado. Sempre é recomendável a existência de mais de um avaliador. Em síntese, o importante é reduzir a subjetividade ao mínimo, no intuito de realizar o concurso, em consonância com os princípios constitucionais.

1.1.1.2.4 Não comprovação da habilitação necessária para o exercício profissional

Trata-se de falha responsável por grande número de negativas de registro.

legal e constitucional, estariam habilitados

¹⁰ Já decidiu o TCE (processo nº 6237-02.00/99-3) que tempo de serviço público como título na respectiva prova somente poderá ser aceito se o candidato for estável (art. 19 ADCT) e se for para o respectivo cargo (TJRS 595135666. Rel. Desembargador Arakem de Assis).

Tais imposições prescindem muitas vezes de constar do próprio edital, quando a lei, especialmente a federal, estabelecer a imposição. Por exemplo: admissão para o cargo, emprego ou função de advogado depende da habilitação na OAB, independentemente das disposições da lei local ou do edital do certame. Da mesma forma, uma admissão para o exercício de cargo, emprego ou função de motorista de ônibus implica habilitação na categoria respectiva e assim por diante. ¹¹

1.1.1.2.5 Não apresentação de documento necessário à posse

Esta falha poderá se apresentar absorvida na anterior, uma vez que, quase sempre, requisitos são comprovados mediante documentos. Com efeito, as admissões com frequência ressentem-se de ilegalidade por não ter o candidato apresentado documentos previstos ou no edital ou na legislação local ou federal. Comprovante de escolaridade, laudo médico, folha corrida e quitação militar podem ser citados como exemplos de documentos que devem instruir o processo de posse e exercício do admitido.

1.1.1.2.6 Ausência de documentação do certame

Após a realização do concurso público, o Administrador, ainda que tenha delegado a realização do competitivo a terceiros, deverá guardar a documentação respectiva, tais como prova padrão, provas escritas, provas práticas reduzidas a termo, gabaritos, grades, lista de inscritos, documentos de posse/inscrição, de sorte a possibilitar o exame da legalidade do certame ¹². Não dispondo o poder ou órgão auditado do material referente ao concurso, não restará outra saída à equipe auditora se não propor a impugnação do mesmo (concurso) e a negativa de registro dos atos dele decorrentes.

Vale ressaltar que mesmo terceirizada a realização dos certames admissionais, deve o poder público constituir uma banca executiva para acompanhar a ação da empresa contratada nos moldes e ditames fixados pelo poder público, pois a relação dos candidatos se dá com este e não com as empresas contratadas; não

¹¹ Sobre este tema vale tecer alguma consideração sobre a admissão de professores, nos limites da LDB (Lei Federal nº 9394/96). Em síntese, podem ingressar na carreira do magistério os portadores de habilitação inferior à exigida, mas em conformidade com a lei anterior, com prazo até o final da década da educação para complementarem seus estudos, habilitando-se na forma da lei. O prazo de tolerância é até 20-12-2007 (art. 87).

¹² - Ver. art.7º da Resolução nº 787/2007

há, portanto, delegação da responsabilidade.

1.1.1.2.7 Admissão para cargo, emprego ou função pública em número superior à previsão legal

A ausência de controle sobre o número cargos, empregos e funções, criadas, ocupadas e vagas, existentes no Quadro de Pessoal Permanente e Temporário do órgão ou ente auditado, tem gerado diversas decisões denegatórias de registro, em face da admissão de servidores em número superior ao previsto legalmente. Como instrumento de controle, os auditados podem se beneficiar do formulário "Demonstrativo do Quadro de Pessoal" (ST-01.20) criado pelo TCE/RS. Esse formulário é entregue aos auditados para preenchimento quando da realização da auditoria *in loco* e pode ser útil na efetivação do controle interno da movimentação de pessoal.

1.1.1.2.8 Acúmulo

É irregular a admissão quando constatado acúmulo, nos termos da Constituição Federal, art. 37, inciso XVI. Sua configuração também merece ser verificada à luz do art. 11 da Emenda Constitucional nº 20. Afora tais subsídios legais, por cautela o administrador poderá valer-se da farta orientação jurisprudencial que aborda o tema, em especial a célebre decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no RE nº 163204-6. Diga-se que esta espécie de falha, conforme entendimento desta Corte, deverá ser apontada em auditoria ordinária, facultando ao servidor efetuar a sua opção. Contudo, uma vez apontado o acúmulo em auditoria de admissões, poderá ocorrer a impugnação, com negativa de registro.

1.1.1.2.9 Desrespeito ao resultado final do certame

Trata-se de mácula que pode ter origem em diversas irregularidades; em verdade, trata-se de nomeação em desacordo com o edital. Correção equivocada de provas, avaliação de títulos mal feita, em desacordo com o edital, enfim, tudo aquilo que for capaz de deixar a ordem classificatória diferente daquela que seria a correta. Tal circunstância, desde que resulte em candidatos preteridos, implicará irregularidade capaz de provocar negativa de registro àqueles que foram admitidos em detrimento de outros.

O chamamento dos aprovados, outrossim, que deve atender rigorosamente a ordem classificatória correta, ocorrerá necessariamente pela nomeação (ou por convocação, nos entes públicos de direito privado). Ainda que o candidato manifeste expressamente seu desinteresse pela vaga, deverá ser nomeado, sendo posteriormente tornado sem efeito tal ato administrativo. Cartas, correspondências ou quaisquer outras espécies de comunicação, em princípio, não configuram ou equivalem à nomeação.

1.1.2 ADMISSÃO POR PROCESSO SELETIVO PÚBLICO¹

Trata-se de uma nova forma de ingresso no serviço público, inserida no texto constitucional, com a edição da Emenda Constitucional nº 51/06, de 14-02-06, complementada com a Medida Provisória nº 297/06 e pela Lei Federal nº 11.350, de 05-10-06.

São destinatários dessa norma, somente os Agentes Comunitários de Saúde (ACS) e os Agentes de Combate às Endemias (ACE).

O processo seletivo público, a que se refere a norma, somente se diferencia do concurso público em razão do entendimento de que este não poderia estabelecer como requisito a comprovação da residência no local em que irá atuar, enquanto àquele não há restrição quanto a essa exigência.

A admissão dos ACS e dos ACE deverá ser precedida de processo seletivo público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para o exercício das atividades que atenda aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Deverá, ainda, ser dada ampla publicidade ao edital para a admissão dos ACS e ACE, com estabelecimento de prazos para inscrição e recurso; existência de critérios objetivos, documentação pertinente, submissão a exame médico, observância dos ditames específicos referidos na norma constitucional, bem como os previstos em norma local. Publicação do edital de homologação do resultado final e cumprimento da ordem classificatória quando das nomeações.

Para aqueles ACS e ACE admitidos antes da edição da EC 51/06, e que

não se submeteram ao processo seletivo público, devem ser mantidos até o término dos prazos contratuais.

O Voto orientador da conduta a ser seguida é o proferido no Processo n° 3707/06-7, no qual consta o POT n° 20/06, da Consultoria Técnica, bem como os processos n° 1298/06-0 e n° 2597/06-0.

1.1.3 CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA

O Tribunal de Contas também fiscaliza, para fins de registro, as contratações por tempo determinado, efetuadas com base no art. 37, inciso IX, da Constituição Federal.

Em linhas gerais, a legalidade de tais contratações vincula-se à observância do citado dispositivo constitucional, em sua literalidade: havendo “lei” própria, que crie as funções em número certo; sendo as avenças celebradas por “tempo determinado” e, por fim, tendo em vista o “excepcional interesse público”, tais contratações, estariam, em tese, em condições de serem homologadas por esta Corte.

A constatação dos dois primeiros requisitos (“lei” e “tempo determinado”) ocorre segundo critérios objetivos. O último (“excepcional interesse público”), contudo, necessita ser verificado casuisticamente. Algumas circunstâncias se prestam para afastar ou caracterizar a **excepcionalidade** de que trata o inciso IX do art. 37 da Carta.

Afastam-na, por exemplo

a) Possibilidade de previsão da situação. É sabido que invariavelmente o ano letivo inicia no mês de março. Logo, o Administrador, por cautela, deverá, em tempo, providenciar o ingresso dos servidores pela forma constitucional, que é o concurso público.

b) Sucessivas contratações. Trata-se de realidade que indica que a necessidade é permanente, não se justificando a

contratação, mas, sim, o concurso público.

c) *Inércia da administração na realização do concurso público.* A contratação por prazo determinado estará tão de acordo com o texto constitucional quanto mais o administrador demonstrar sua diligência. Assim, exemplificando, o contrato para uma função cujo concurso público para provimento do cargo ou emprego análogo está sendo providenciado tem maiores chances de ser cancelado do que o ajuste celebrado perante a inação do administrador, neste particular.

d) *Contratação para desempenho de funções de caráter permanente.* Por vezes a própria natureza da função desautoriza seu provimento por contrato. A saúde, a segurança e o ensino são, em princípio, necessidades permanentes da coletividade. É claro que, conforme a situação excepcional que se apresente, mesmo as funções vinculadas à necessidade permanente, poderão ser providas com base no art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, conforme a hipótese concreta que se apresente.

e) *Excessivo distanciamento entre a contratação e a edição da respectiva lei.* Se o administrador aprova a legislação, mas somente após longo período realiza as contratações é porque a situação não se caracteriza pela emergencialidade ou excepcionalidade; com efeito, a excepcionalidade quase sempre carrega consigo a urgência.

f) *Existência de concursados.* É difícil caracterizar situação excepcional se houver candidatos aprovados para cargo ou emprego para a função a ser suprida pela contratação temporária.

Caracterizam-se, por exemplo:

a) Troca de administração. A situação pode justificar uma contratação temporária. Todavia, a hipótese ficará tão mais de acordo com o art. 37, inciso IX, da Constituição Federal quanto mais rápido o Administrador providenciar o concurso público. Em outras palavras, a constitucionalidade da contratação temporária fica mais caracterizada quando já providenciado o certame.

b) Situação emergencial cabalmente comprovada. Casos fortuitos, força maior, catástrofes ou outras ocorrências drásticas e inesperadas podem justificar a contratação temporária.

c) Substituição de servidor em gozo de licença concedida mediante ato vinculado. Se ao administrador não é facultado indeferir licenças para tratamento de saúde ou gestante, por exemplo, poderá, em tese, suprir tal carência mediante contratação temporária.

1.1.4 ADMISSÃO POR DECISÃO JUDICIAL

Em que pese o ordenamento constitucional pátrio adote o sistema de jurisdição única (art. 5º, inciso XXXVI, CF), que tem como peculiaridade a sujeição da totalidade dos atos jurídicos ao Poder Judiciário, ao TCE incumbe examinar as admissões decorrentes de determinação daquele mesmo Poder. Em tais casos a atuação do TCE consiste em verificar se a admissão ocorreu rigorosamente nos termos da decisão judicial.

Se considerado todo o universo de admissões que a administração pública realiza, as efetuadas exclusivamente em razão de decisão judicial não são muito numerosas e, via de regra, envolve reconhecimento de vínculo empregatício com a tomadora de serviços pertencente à administração indireta, embora atualmente, diante da sedimentação do primado do concurso, o Poder Judiciário

tenha relutado em reconhecer o vínculo empregatício ou estatutário como forma originária de admissão.

1.1.5 ADMISSÃO SEM FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Quando o ingresso do servidor público ocorre sem concurso público, sem qualquer lei autorizadora ou sem provimento judicial, estar-se-á frente à admissão sem fundamentação, o que é rigorosamente inconstitucional e, portanto, passível de negativa de registro.

1.2 ATOS DERIVADOS DE PESSOAL

Os atos derivados de pessoal são examinados, nos termos da Resolução nº 788/2007, conforme o já mencionado no item 1.1, sendo que a prática de alguns deles vincula-se à existência de previsão em lei, sendo que rigorosamente nos seus termos são praticados tais atos.

As espécies de investiduras não originárias passíveis de exame pelo TCE são as seguintes:

a) *Transposição de regime jurídico.* A Constituição Federal de 1988 instituiu o regime jurídico único que, após inúmeras discussões, entendeu-se ser o estatutário¹³. Seguiu-se, então, debate relativo à possibilidade do servidor celetista migrar para o quadro estatutário, que corresponderia ao constitucional. Como o ingresso em emprego público prescindia de concurso, o que não ocorre com os cargos, de início entendeu-se inviável a transposição. Todavia, o posicionamento atual aponta para a possibilidade, em tese, da transposição de regimes, desde que o empregado transposto tenha se submetido à concurso público.

Por fim, o administrador há de ficar atento aos termos do

¹³ - Ver ADI nº 2135

reenquadramento, inerente que é a quase toda espécie de transposição.

b) Reenquadramento. Ocorre o reenquadramento quando o servidor migra de um quadro funcional, revogado, para outro, recentemente instituído, em nome de uma melhora na estrutura administrativo-funcional dos poderes, órgãos ou entidades. Trata-se, em última análise, de uma reorganização de quadros, implicando mudança de nomenclatura, vencimentos, reagrupamento e alteração de plano de cargos, empregos.

A irregularidade de tais atos quase sempre decorre da ausência de identidade de atribuições e qualificações, se consideradas as condições revogada e atual. Com efeito, a passagem do servidor para cargo ou emprego com atribuições e qualificações diferentes daqueles para o qual prestou concurso público pode configurar burla ao mesmo, o que é inconstitucional.

c) Readaptação. O servidor vítima de alguma doença, acidente ou circunstância que altere sua capacidade laboral será investido em outro cargo, com atribuições e responsabilidades compatíveis com sua novel condição. Trata-se de ato somente praticável mediante comprovação - mediante laudo médico, perícia psicológica ou social - da situação do servidor.

d) Readmissão. Esta espécie de ato derivado de pessoal suscita muita discussão, e consiste no simples retorno do servidor exonerado ao serviço público. Tal nomeação para o mesmo cargo outrora titulado, segundo o TCE (processo nº 0347-0200/92-2) e Procuradoria-Geral do Estado - PGE

(Parecer nº 8502/90, parecer já superado pela própria PGE) seria possível, desde que presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: - o servidor há que ter se submetido a concurso público, quando da investidura inicial; - inexistência de candidatos a serem chamados em concurso para provimento daquele cargo ou emprego; - vigência do prazo de validade do concurso público no qual aprovado o servidor; - preservação da capacidade intelectual vigente quando da realização do certame e - submissão do readmitido às formalidades admissionais cabíveis, como documentação atualizada e laudos médicos.

Consigna-se, também, que a readmissão é ato discricionário, realizado após juízo de conveniência e oportunidade.

Por fim, não é demais referir que esta espécie de ato tem se tornado rara, não dispondo esta Corte de decisão atual que indique uma tendência.

e) *Aproveitamento.* Observa-se o Aproveitamento quando o servidor em disponibilidade é chamado a desempenhar suas funções, ou seja, em qualquer hipótese em que o servidor não pode ser reconduzido ao seu cargo de origem, por indisponível ou não mais existir, será “aproveitado” em outro cargo, com atribuições e vencimentos compatíveis com o anterior.

f) *Reintegração.* O servidor que, por decisão judicial ou administrativa, retorna ao cargo ou emprego anteriormente ocupado, ou ao cargo resultante de eventual transformação, está sendo “reintegrado”. Trata-se de ato derivado de pessoal que implica ressarcimento dos eventuais prejuízos oriundos do afastamento, e requer verificação da saúde física e psíquica do reintegrado, tal como ocorre com as figuras admissionais originárias.

g) Reversão. Reversão, conforme o art. 44 do Estatuto do Servidor Público Civil do Estado do Rio Grande do Sul (Lei Complementar nº 10.098/94), “é o retorno à atividade do servidor aposentado por invalidez, quando verificada por junta médica oficial, a insubsistência dos motivos determinantes da aposentadoria”.

h) Recondução. O servidor não aprovado em estágio probatório poderá retornar ao cargo anterior, desde que nesse último tenha ultrapassado com êxito o período de prova, mediante Recondução. Nos termos da lei estadual anteriormente referida, o instituto da recondução terá também lugar nas hipóteses em que o anterior ocupante do cargo for reintegrado.

i) Transferência de Município-mãe. Ocorre nos casos de emancipações. O servidor do município-mãe migra, após optar, para o recém emancipado - o que, via de regra, encontra permissão na própria lei emancipatória - em condições equivalentes àquelas que detinha no município-mãe, não se cogitando de redução ou aumento de direitos. A Transferência de Município-mãe é ato que, em si mesmo, raramente contempla ilegalidade. Ocorre que, quase sempre, a transferência de município-mãe vem acompanhada de um Reenquadramento, Transposição ou outra figura que pode conter alguma ilegalidade.

1.3 A EXECUÇÃO DA DECISÃO DENEGATÓRIA DE REGISTRO

Processos de auditoria de admissões admitem, basicamente, as seguintes decisões definitivas: Registro, quando o ato é considerado regular, estando de acordo com a constituição e a legislação aplicável; Cessaçãoda Ilegalidade, quando o ato, embora ilegal ou inconstitucional, já foi desconstituído, prescindindo de qualquer

execução ¹⁴; Negativa de Registro: decisão proferida em relação a atos admissionais em vigor e contaminados de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Relativamente aos chamados atos derivados de pessoal, examinados nos termos da Resolução nº 788/2007, as decisões definitivas concluirão pela Regularidade ou Irregularidade do ato, sendo igualmente possível a Irregularidade Sanada. ¹⁵

Da decisão proferida é o Poder ou Órgão ou ente auditado intimado via Diário Oficial ou Diário Eletrônico. O prazo para recorrer¹⁶ da decisão será de 30 (trinta) dias, contados da publicação no diário oficial ou, no caso de decisões mais antigas (anteriores a 01-02-05), também da publicação ou da juntada do AR ao processo principal¹⁷, sempre considerando, nesta última hipótese, o prazo mais favorável ao recorrente. O recurso cabível, contra decisões proferidas pela Primeira e Segunda Câmara desta Corte, é o Recurso de Embargos (art. 157, RITCE). Análogo à Apelação do processo judicial, os embargos têm efeito suspensivo. Das decisões do Tribunal Pleno, serão interpostos Recursos de Reconsideração (art. 158, RITCE).

Além dos demais recursos previstos no Regimento Interno, há também o Pedido de Revisão, semelhante à Ação Rescisória do Código de Processo Civil (art. 159, RITCE)

Improvido o recurso, ou mesmo não tendo sido interposta a irresignação, após o trânsito em julgado, o poder, órgão ou ente auditado será intimado para proceder a desconstituição do ato. Ultrapassados 30 (trinta) dias de tal intimação, e não tendo a auditada desconstituído o ato impugnado, o mesmo será automaticamente sustado, desde que na decisão denegatória tenha constado tal comando, o que, via de regra, ocorre.

A sustação é um ato que, com previsão na Constituição Federal (art. 71, inciso X) e no Regimento Interno desta Corte (art. 12, inciso IV), independe de qualquer providência do auditado, sendo da essência da mesma a comunicação ao

14 - o ato que teve declarada cessada sua ilegalidade *equivale* a uma negativa de registro, para todos os efeitos, exceto no que diz com a execução, inviável que se mostra, considerando que já foi desconstituído.

15 - À mingua de expediente processado conforme a referida resolução, inexistente exemplo prático para demonstrar tal possibilidade.

16 - A partir do artigo 151 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas – RITCE está disciplinada a matéria recursal

17 - Ver Resolução nº 691/2004

Poder Legislativo correspondente. Nessa oportunidade, há casos em que a decisão do TCE determina a comunicação ao Ministério Público para eventual adoção de providências.

Após a sustação, que, repete-se, ocorre 30 (trinta) dias após a intimação para a desconstituição do ato impugnado, as despesas oriundas do ato sustado podem ser consideradas irregulares e, portanto, passíveis de glosa, multa além de rejeição das contas, o que será verificado em posterior auditoria tradicional no poder, órgão ou ente¹⁸.

Nota-se que a sistemática adotada pelo TCE/RS não imputa, via de regra, qualquer espécie de penalidade ao Ordenador, caso o ato cujo registro foi negado seja desconstituído em tempo hábil. Entenda-se por tempo hábil aquele que inicia com a intimação da decisão denegatória e finda com a sustação. Todavia, sendo o administrador contumaz na prática de irregularidades de espécies similares, a critério do Órgão Julgador, a respectiva decisão poderá determinar a remessa de peças ao Ministério Público.

Não é demais repisar que a forma modelar de se desconstituir um ato admissional é exibição do ato de exoneração (quando adotado o regime estatutário-contratos administrativos) ou a rescisão contratual, assinada por empregado e empregador (nos casos de adoção do regime celetista) e, nos casos de atos derivados de pessoal, o ato que torna sem efeito o correspondente ato.

1.4 ALGUMAS QUESTÕES CONTROVERTIDAS

Os processos que envolvem auditorias de admissões e atos derivados com frequência consignam questões complexas. Abaixo são exemplificadas algumas que, no atual contexto, ensejam alguma celeuma ou, no mínimo, dúvida. A solução apontada indica a forma majoritária pela qual o TCE/RS vem entendendo a situação. Não é demais consignar que, conforme o caso concreto que se apresente, a decisão poderá ser rigorosamente diversa das diretrizes abaixo, fornecidas em tese, a título de

18 - Os atos sustados são incluídos em ICE (Informações para o Controle Externo). Trata-se de um sistema informatizado que proporciona a extração de uma relação de itens a serem verificados quando da próxima

colaboração, e de observância não obrigatória.

1.4.1 Prescrição (Lei Federal nº 9.784/99, art. 54).

É entendimento desta Corte que o mencionado dispositivo legal, ao dispor sobre o prazo de 5 (cinco) anos para que a Administração Pública possa anular seus atos administrativos quando eivados de algum vício, regulamentou tão-somente o processo administrativo desenvolvido na esfera federal. Assim, não é aplicável nas esferas municipal e estadual.

1.4.2 Lei Federal dos contratos temporários (Lei nº 8.745/93)

A Lei Federal nº 8.745/93 é de caráter genérico e tem aplicação exclusivamente no âmbito federal. Em verdade, faz-se necessária à edição de lei autorizadora específica, conforme entendimento desta Corte, adotada a partir da aprovação do Parecer nº 83/93, da lavra do Auditor Substituto de Conselheiro, Lauri Romário Silva, in verbis:

[...]

Em decorrência as exigências primordiais para que se efetive a contratação emergencial, consistem na prévia existência de lei municipal autorizadora, a qual deverá conter as quatro conotações definidas no inciso IX, antes mencionado – tempo determinado, necessidade temporária, interesse público e excepcionalidade desse interesse – que justifique o pretense contrato, relegando a forma legal de acesso, que deveria concretizar-se, pela aprovação prévia em concurso público. A lei municipal, pois, deverá contemplar a situação de interesse público excepcional, que permita a emergencialidade da contratação, devendo, ainda, no referido teor constar expressamente as razões e as circunstâncias que irão revestir o referido contrato e, além disso, definir o respectivo prazo de duração, que caracterize a temporariedade, para evitar-se eventuais prorrogações que venham lhe conferir caráter de permanência, impróprio à espécie, pelas restrições constitucionais pertinentes. (poderíamos pegar algo mais recente, mais atualizado, que não tivesse a “emergência”)

1.4.3 Licitação X Concurso Público

É comum o Administrador tentar justificar uma contratação desprovida de

auditoria naquele órgão, Poder ou ente auditado, além daqueles obrigatórios.

fundamentação legal, com um procedimento licitatório; como se tal competitivo unguisse de legalidade a admissão, fazendo às vezes do concurso público.

Embora ambos envolvam concorrência pública, que devem rigorosamente observar os ditames e princípios da Constituição Federal (art. 37, *caput*), assim como a legislação aplicável tem finalidades diversas. A licitação objetiva selecionar, *pro tempore*, via de regra, pessoas jurídicas locadoras de serviço, sem qualquer espécie de vínculo empregatício, ou outro qualquer. Por outro lado, a arregimentação de mão-de-obra de pessoas físicas, com subordinação, habitualidade e demais requisitos que, se presentes, configuram vínculo, ocorre pela via do concurso público, como regra geral e para atividades permanentes e, nos casos legalmente autorizados, nos termos do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal.

1.4.4 Circunstâncias impeditivas do desligamento do servidor por decisão do TCE

Somente em situações especialíssimas poderá o administrador responsável pelo Órgão deixar de cumprir decisão que negou registro a atos de admissão. Trata-se daquele servidor que está protegido por ação judicial com deferimento de liminar determinando a sua permanência no serviço até julgamento do mérito da ação ou quando em licença saúde.

É também comum, em razão de estabilidade sindical, o responsável deixar de cumprir determinação desta Corte de Contas. Contudo, nesse caso, não há a estabilidade pretendida conforme já decidiu esta Corte, uma vez que, considerado nulo o ato, não há que se considerar tudo o que dele decorre ¹⁹.

1.4.5 Decisão do TCE X decisão judicial em sentido contrário:

(situação na qual o servidor ingressa em juízo e é-lhe deferida a liminar no sentido de não ser desligado enquanto não lhe for facultada a ampla defesa)

Trata-se de hipótese na qual o Administrador encontra-se vinculado a duas decisões: a primeira, proferida pelo Tribunal de Contas, impõe DEVA o servidor ser desligado; a segunda, do Poder Judiciário, fixa POSSA isso ocorrer, desde que observados alguns pressupostos, devendo o tratamento dispensado à situação ser diverso, conforme tenha o administrador desconstituído a admissão impugnada, ou

não.

Na primeira hipótese - quando já desconstituído o vínculo impugnado - o expediente admissional seria arquivado, com o que a reintegração levada a efeito por força de determinação judicial seria examinada na forma da Resolução nº 788/2007. Eventual inércia do administrador, consistente em não deflagrar o procedimento administrativo próprio à garantia dos princípios da Ampla Defesa e do Devido Processo Legal, preparatório do desligamento, haveria de constar em relatório de auditoria ordinária.

Por outro lado, se o administrador, ao tomar conhecimento de provimento judicial dessa espécie, ainda não tiver efetuado o afastamento do servidor mal admitido, o respectivo processo seria sobrestado, até que o Órgão crie as condições para o desligamento e o faça, após o que o expediente poderá ser arquivado.

Na eventualidade de o administrador não adotar as providências que lhe incumbe, ou seja, uma vez caracterizada sua inação, o processo admissional também deverá ser arquivado, devendo tal omissão, tratada como falha, ser incluída em auditoria ordinária tradicional. A exemplo do quanto ocorre com a sustação de atos desse jaez, tanto poderá ser levado a efeito mediante inclusão em ICE (ver nota de rodapé nº 17).

1.4.6 Conceitos de Cargo, Emprego e Função

Não se trata propriamente de questão controvertida, mas de definições que merecem ser do amplo domínio do Administrador. Assim, CARGO "é o lugar instituído na organização do Serviço Público com denominação própria, atributos e responsabilidades específicas"²⁰, criado por lei²¹ e em número certo. O detentor de CARGO mantém uma relação estatutária com a Administração, aderindo aos termos do referido diploma, uma vez investido no cargo. No EMPREGO, igualmente criado por lei em sentido lato, em número certo e com atribuições próprias, cria-se uma relação de cunho contratual com a Administração, sendo o titular regido pela Consolidação

¹⁹ - Parecer MPE 996/00, acolhida pela decisão proferida no processo nº 3060 -0200/89-3.

²⁰ - MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 403

²¹ - Em alguns casos é admissível a criação de cargo por alguma espécie normativa equivalente à lei, como, por

das Leis do Trabalho – CLT. FUNÇÃO, segundo a conceituação da doutrina clássica (*op. cit.*) “é o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para execução de serviços eventuais”. Também se rotula de FUNÇÃO o lugar instituído na Administração Pública por conta das contratações emergenciais de que trata o art. 37, inciso IX, da Constituição Federal. Tais ajustes podem ter índole contratual – CLT – ou estatutária – contratos administrativos. FUNÇÃO DE CONFIANÇA, ou Função Gratificada, por outro lado, constitui um acessório da remuneração daquele que detém cargo e que, nos termos do art. 37, inciso V, da Constituição Federal, possui atribuições de Direção, Chefia e Assessoramento. No caso dos empregados públicos, a função de confiança, a rigor, tecnicamente, há de contar com nomenclatura diversa, tais como “gratificação equivalente” ou comissionamento.

exemplo, Resolução de Mesa, no caso dos Legislativos.