



Estado do Piauí

Tribunal de Contas

PROCESSO	TC-O- 003286/2014
ORIGEM	PREFEITURA MUNICIPAL DE SIGEFREDO PACHECO
ASSUNTO	CONSULTA SOBRE ADMISSÃO DE PESSOAL
CONSULENTE	OSCAR BARBOSA DA SILVA
RELATOR	DELANO CARNEIRO DA CUNHA CÂMARA
PROCURADOR	MÁRCIO ANDRÉ MADEIRA DE VASCONCELOS

RELATÓRIO

Tratam-se os autos de consulta ordenada pelo gestor da Prefeitura Municipal de Sigefredo Pacheco-PI, pelo Sr. Oscar Barbosa da Silva, prefeito municipal, que versa sobre a possibilidade de admissão/manutenção de servidores nos quadros efetivos da administração municipal oriundos de certame, cujos atos principais, inclusive a lei criadora dos cargos/vagas, não foram localizados no acervo público municipal.

Observando-se o parecer jurídico que instrui a consulta (peça 2), este alertou para a preponderância do interesse público, no sentido de não ser válido concurso público instaurado em desobediência ao preceito constitucional da reserva legal dos cargos ofertados. Não obstante, nos casos em que já houve nomeação de candidatos, tendo transcorrido um grande lapso temporal, haveria uma aparente colisão de princípios: de um lado, a legalidade, e de outro, a segurança jurídica, garantidora da estabilidade do vínculo funcional formado entre a Administração Pública e servidor nomeado.

Ato contínuo, submeteu-se a questão à apreciação desta Corte de Contas.

Após a autuação e o recebimento da consulta, encaminhou-se o processo à Comissão de Regimento e Jurisprudência, que informou não haver prejudgado ou decisão sobre o tema no âmbito do TCE/PI.

Outrossim, da análise da Divisão de Aposentadorias, Admissões e Pensões – DAAP desta corte, concluiu-se o que segue:

Após a análise expendida acima, conclui-se em responder aos termos da consulta da seguinte forma: a inexistência de lei criadora de cargos/vagas para provimento de servidores oriundos de concurso público viola a previsão do art. 37, II, c/c o art. 48, X, da CF/88, e acarreta naturalmente na não concessão de registro do ato pelo Tribunal de Contas do Estado. No entanto, em caráter de absoluta excepcionalidade, em situações de fato já consolidadas no tempo e cuja não manutenção traga prejuízos graves ao servidor e à Administração Pública, admite-se a convalidação dos atos de admissão, mediante a criação, ainda que *a posteriori*, do quadro de vagas, através de lei que defina, ainda, o regime jurídico aplicável.



Estado do Piauí

Tribunal de Contas

Os autos foram remetidos ao Ministério Público de Contas, que opinou pelo conhecimento da presente consulta, entendendo que há vícios na investidura, ensejando a ilegalidade no ingresso dos servidores nomeados sem a criação da lei originária dos cargos/vagas, bem como ausente estaria a estabilidade dos mesmos.

É, em síntese, o relatório.

FUNDAMENTOS

Tomando-se por base o parecer técnico da Divisão de Admissões, tem-se que a competência para apreciação dos atos de admissão de pessoal no serviço público estadual pelo Tribunal de Contas do Estado, para fins de registro, é estabelecida no art. 86, III, "a", da Constituição Estadual. Tal dispositivo está em consonância com o inciso III do art. 71 da CF/88, que determina a competência do Tribunal da União para a apreciação dos atos de admissão de pessoal no serviço público federal, para fins de registro. A legalidade dos atos de admissão de pessoal foi devidamente regulamentada pelas Resoluções TCE nº 198/09 e 907/09.

O art. 37, II c/c o art. 48, X, da Constituição Federal prevê a necessidade de lei para criação de cargos, bem como para a definição do seu regime jurídico. Desta feita, afirma-se tão somente que um cargo efetivamente existe quando há um diploma legal criando e fixando o seu estatuto, traçando suas atribuições, remuneração, carga horária, requisitos mínimos para ingresso, entre outras particularidades.

Outrossim, a exigência de lei criadora de cargos justifica-se tanto para a sua criação quanto para a fixação do regime jurídico aplicável.

Ademais, observa-se na situação ventilada em consulta que se reveste de falha grave, cuja consequência jurídica direta é a negativa do registro por esta Corte de Contas..

Entretanto, da perspectiva do servidor nomeado irregularmente, no que tange ao rol de direitos, a inscrição em um certame no qual são disponibilizadas vagas para provimento cria expectativa quanto à existência e regularidade dessas vagas disponibilizadas, no qual o servidor age de boa-fé em relação aos atos da Administração.

Não obstante, os Tribunais já se pronunciaram no sentido de acatar a boa-fé do servidor, ante a hipossuficiência deste em relação à Administração Pública, vez que esta última é a responsável por garantir a lisura do certame:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez



Estado do Piauí

Tribunal de Contas

publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. **O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança.** Quando a administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da **Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.** (...) (STF: RE 598099 / MS. Tribunal Pleno. Min. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe 03/10/2011).

Contudo, importante frisar que na jurisprudência acima citada o edital não continha nenhum desdouro grave, que impedisse a nomeação dos candidatos. Portanto, a aplicação do *princípio da proteção da confiança* ocorreu em face de situação administrativa válida, a saber, um concurso público, operado de maneira regular; díspar, portanto, na consulta em apreço.

Nesse diapasão, o presente caso se trata de uma situação inconstitucional (provimento de servidores em cargos sem respaldo legal), requerendo respaldo para ser estabilizada no tempo e operar efeitos jurídicos válidos.

Desta feita, há um aparente conflito entre legalidade e proteção da confiança. Corroborando o entendimento da doutrina especializada, tem-se observado o posicionamento mais favorável à solução que preserve a segurança jurídica das relações estatais:

A legalidade administrativa não pode ser considerada como um óbice à incidência do princípio da proteção substancial da confiança, mesmo quando se trata de preservação de condutas – ou seus efeitos – inválidas. Isso porque, as noções de Estado de Direito e de segurança jurídica não estão sob, mas sobre ou ao lado do princípio da legalidade, impondo-se a ponderação entre a legalidade e a segurança jurídica para que, em alguns casos, essa ceda à proteção da confiança com a estabilidade das relações jurídicas, ainda que inválidas. Ademais, o fundamento material da legalidade consiste justamente na busca por segurança jurídica, não se apresentando, pois, num fim em si mesmo. Dessa forma, sempre que a legalidade implicar em conseqüências que se contraponham ao seu próprio fim material, qual seja, a segurança jurídica, terá de ser ponderada com outros valores, como é o caso da proteção substancial da confiança, ensejando tal ponderação a possibilidade de preservação de atos ou efeitos decorrentes de comportamentos inválidos.

O Supremo Tribunal Federal tem decidido pela preservação das situações de fato já consolidadas no tempo, ainda que eivadas de vícios, desde que sejam irreversíveis, ou mesmo quando sua reversão possa implicar em nefastos efeitos jurídicos, *in verbis*:



Estado do Piauí

Tribunal de Contas

ATO ADMINISTRATIVO. Terras públicas estaduais. Concessão de domínio para fins de colonização. Área superiores a dez mil hectares. Falta de autorização prévia do Senado Federal. Ofensa ao art. 156, § 2º, da Constituição Federal de 1946, incidente à data dos negócios jurídicos translativos de domínio. **Inconstitucionalidade reconhecida. Nulidade não pronunciada. Atos celebrados há 53 anos. Boa-fé e confiança legítima dos adquirentes de lotes.** Colonização que implicou, ao longo do tempo, criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc.. **Situação factual consolidada. Impossibilidade jurídica de anulação dos negócios, diante das consequências desastrosas que, do ponto de vista pessoal e socioeconômico, acarretaria.** Aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, como resultado da ponderação de valores constitucionais. Ação julgada improcedente, perante a singularidade do caso. Votos vencidos. Sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, não podem ser anuladas, meio século depois, por falta de necessária autorização prévia do Legislativo, concessões de domínio de terras públicas, celebradas para fins de colonização, quando esta, sob absoluta boa-fé e convicção de validade dos negócios por parte dos adquirentes e sucessores, se consolidou, ao longo do tempo, com criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc. (STF: ACO 79. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. DJe 28/05/2012)

Ressalvadas as devidas proporções, aplica-se a teoria acima exposta, analogamente, de forma a convalidar admissões realizadas em desobediência aos ditames do art. 37, II, c/c art. 48, X da CF. Entretanto, necessário se faz verificar a presença de duas circunstâncias autorizadoras para tal solução excepcional: *a consolidação da situação no tempo e a ocorrência de consequências desastrosas em caso de anulação do ato.*

Importante frisar que não se falou em nenhum momento em admissão sem concurso público. A consulta em tela refere-se somente a falta de lei criadora de cargos/vagas em concurso público, cujo edital fora publicado e que o servidor se submeteu à aplicação de provas ou provas e títulos, tendo sido aprovado e nomeado sem nenhum outro vício em que tenha concorrido como responsável.

Passando-se a analisar o primeiro requisito acima, inexistente uma definição objetiva do que seja o marco temporal necessário para se considerar consolidada no tempo determinada situação de fato. A apuração é feita na apreciação do caso concreto, sendo inviável em sede de consulta, que tem uma natureza abstrata. É necessário verificar se a situação se enquadra na teoria do "fato consumado", mormente julgado abaixo:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL - APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO EM CONCURSO PÚBLICO - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES - PREVALÊNCIA E RELEVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA - EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. A aplicação da "a teoria do fato consumado", em concurso público, é possível, uma vez que corresponde à convalidação de uma situação de fato ilegal, que se perdurou ao longo do tempo, dada a relevância e a preponderância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé e da segurança jurídica, sobre o próprio princípio da legalidade estrita. Precedentes.

2. Urge se conceber o princípio da primazia da norma mais favorável ao cidadão, juntamente com a "teoria do fato consumado", quando o jurisdicionado, de boa-fé, permanece no cargo, ao



Estado do Piauí

Tribunal de Contas

longo de vários anos, dada a demora da prestação jurisdicional e a inércia da Administração. Efetividade à garantia prevista no art. 5º, inciso LXXVIII, CR/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

3. Embargos de divergência acolhidos. (STJ: EREsp 446.077/DF. 3ª Seção. Rel. Min. Paulo Medina. DJ 28/06/2006, p. 224.)

Em relação à anulação do ato e suas consequências, ressalta-se a ocorrência de implicações gravosas tanto ao servidor, que agiu de boa-fé, quanto à administração pública, pois a admissão de novos servidores deve ser precedida de novo certame e, logicamente, após a aprovação de nova lei criando os cargos nos quadros municipais, tendo em vista que esta fora a falha motivadora da anulação.

Convém lembrar que com o advento da Constituição Federal de 1988, implementou-se a mudança de regime jurídico em 1993 dos servidores públicos, no qual muitos que haviam sido contratados a títulos precários, foram efetivados como servidores estatutários, passando a gozar dos devidos direitos.

Nesse sentido, admite-se em algumas hipóteses a convalidação dos atos administrativos, isto é o saneamento do ato viciado, de modo a tornar a situação jurídica válida, vez que o instituto da convalidação não causa uma afronta ao princípio da legalidade, sendo uma prerrogativa da Administração Pública através de sua autotutela.

Não se está admitindo que a Administração furte-se de suas regalias para burlar as normas legais. Frise-se que os princípios constitucionais devem ser respeitados em sua totalidade. Trata-se de um caso excepcional, que não poderá virar regra na via pública.

Ventilou-se a possibilidade de verificação de dois requisitos que ensejariam a excepcionalidade da causa: o quesito temporal e o efetivo dano ao terceiros de boa-fé, preservando-se a segurança jurídica e o fato consumado.

Justamente por representarem manifestações de vontade de pessoas públicas, os atos estatais, produzem, por si só, efeitos erga omnes, pois a executoriedade que deles emana é suficiente para serem presumidos como válidos e eficazes.

Aliás, a presunção de veracidade ou legitimidade dos atos estatais é, no ordenamento jurídico brasileiro, norma formal constitucional, como se vê no art. 19, II, da vigente Lei Maior, princípio denominado por Raul Machado Horta de princípio constitucional estabelecido ou, na terminologia da doutrina americana, vedação constitucional.

Por tal presunção, que admite prova em contrário (*juris tantum*, e não *iure et de jure*), é que a decisão, administrativa ou judicial, que invalida o ato administrativo produz efeitos *ex nunc* (a partir do ato) e não efeitos *ex tunc*, ao menos na parte dos efeitos que alcançam terceiros.

A responsabilidade de promulgação de lei criadora de cargos e vagas no serviço público é da Administração e não do servidor. Este nada pode responder por falha ou improbidade administrativa, desde que tenha se submetido a procedimento legal para admissão na administração



Estado do Piauí

Tribunal de Contas

publica, qual seja, ser aprovado dentro do número de vagas estabelecida em edital, preencher os requisitos para a investidura e ser nomeado na ordem de classificação, tomando posse dentro do prazo legal.

No caso *sub examine*, por tratar-se de situação hipotética e abstrata para fins de consulta, sugere-se a aplicação da excepcionalidade outrora exposta, tendo em vista que detectar falhas nos atos admissionais por parte da administração, não exclui a legítima expectativa de validade do mesmo ato pelo administrado de boa-fé, sobremaneira. Destaca-se, ainda que, a negativa de registro de referidos atos acarretam prejuízos a este terceiro interessado, além de não acrescentar em nada para a administração pública.

Na presente consulta tem-se como falha levantada a falta de lei criadora do cargos/vagas ocupados pelos servidores nomeados, não especificando quanto tempo as nomeações em concurso público se deram. Neste sentido, a possibilidade de convalidação do ato está intrinsecamente ligada à entrada em vigor, ainda que *a posteriori*, de ato legal fixando tais vagas.

Relevante trazer à baila a gravidade da falha não só para fins de registro dos atos admissionais, mas também para fins de aposentadoria e pensão. Isto porque, é igualmente prejudicial a manutenção de um quadro de servidores desprovido de fundamento legal, sem qualquer parâmetro normativo quanto à quantidade de vagas, regime jurídico, atribuições de carreiras, entre outras tantas disposições imprescindíveis à organização da estrutura administrativa municipal.

CONCLUSÃO

Ex positis e o mais que dos autos consta, **Conheço** da presente consulta, para no mérito, corroborando o parecer técnico da divisão de admissões desta corte de contas e não acompanhando a sugestão ministerial, concluir que:

- a) A inexistência de lei criadora de cargos/vagas para provimento de servidores oriundos de concurso público viola expressamente a previsão do art. 37, II, c/c o art. 48, X, da CF/88, acarretando o não registro dos atos de admissão pelo Tribunal de Contas do Estado.
- b) Em caráter de extrema excepcionalidade, desde que haja situações de fato já consolidadas no tempo, como as admissões anteriores á CF/88, e que, uma vez anulados os atos, tragam prejuízos graves ao servidor e à Administração Pública, admite-se a convalidação dos atos de admissão, mediante a criação do quadro de vagas, através de lei que o defina e o regime jurídico aplicável, ainda que *a posteriori*, em respeito à segurança jurídica, proteção da confiança e os terceiros de boa fé.

Teresina, 31 de Julho de 2014.