Edição trimestral nº 2
Dezembro, 2010

Graboski
ADVOGADOS ASSOCIADOS

Informativo Jurídico

Seleção de docentes para funções temporárias à luz do entendimento do TC/SP

A contratação por tempo determinado para funções docentes encontra-se respaldada pelo art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, nos casos em que, de fato, se configura a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Embora alguns doutrinadores, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entendam que "não se exige concurso público, porque, às vezes, a própria urgência da contratação é incompatível com a demora do procedimento"[1] de há muito o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo firmou posição de que toda contratação temporária deve ser precedida de processo seletivo, salvo quando em comprovada situação de emergência.

É o que estabelece o art. 1º da Deliberação TC-A-15248/026/04, nestes termos: "Artigo 1º - A admissão de pessoal por prazo determinado para atendimento de situação de excepcional interesse público deve, sempre, ser precedida de processo seletivo, salvo os casos de comprovada emergência que impeçam sua realização."

Contudo, não será qualquer processo seletivo que terá o condão de atender a Deliberação do Tribunal de Contas.

Na área do magistério, processos seletivos baseados apenas no tempo de serviço dos docentes têm sido reiteradamente considerados ilegais por aquela Corte de Contas.

Então, como deve ser o processo seletivo à vista do entendimento do TC? Para darmos a resposta devemos analisar o texto do art. 2º da citada Deliberação, que assim reza: "Artigo 2º - As leis municipais deverão ser ajustadas à regra do inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal."

As leis a que o texto se refere são as leis que autorizam contratações temporárias na esfera de cada estado ou município. Essas leis devem prever que os processos seletivos guardam similaridade com os concursos públicos para provimento de cargos, nos termos do art. 37, II da Constituição Federal, ou seja, devem ser de provas ou provas e títulos.

Como o concurso para ingresso na carreira do magistério deve, obrigatoriamente, ser de provas e títulos, a teor do inciso V, art. 206 da Carta Republicana, os processos seletivos para contratação temporária também devem ser de provas e títulos.

Por essa razão, admissões temporárias de professor que não são feitas com fundamento na classificação de candidatos resultante de processo seletivo de provas e títulos, tem normalmente seu registro negado pelo Tribunal, acarretando a responsabilização, nos termos da legislação, dos agentes que autorizaram o ato.

Ademais, para serem válidos, os processos seletivos devem atender aos princípios que regem a Administração Pública, notadamente aos da legalidade, igualdade, razoabilidade, publicidade e impessoalidade. É por conta deste último, que se traduz na idéia de que a Administração deve tratar a todos os administrados sem discriminações ou concessão de benefícios, que torna-se ilegal utilizar, como critério, o tempo de serviço docente prestado no magistério do município, porque tal prática favorece aqueles que aí já trabalharam, criando uma situação de desigualdade em relação aos demais, tendo-se em mira que o processo seletivo (assim como o concurso público) visa selecionar os mais capazes, que, nem sempre, são aqueles que contam com maior tempo de serviço.

1. ***Direito Administrativo.*** *São Paulo: Atlas, 2010.*

José Silvio Graboski de Oliveira
Sócio-diretor
OAB 184.537

Graboski
ADVOGADOS ASSOCIADOS

Desnecessidade de autorização legislativa para celebração de convênios

Diante do emaranhado de funções atribuídas ao Estado os convênios são instrumentos de grande valia para satisfação do interesse coletivo, uma vez que estes, de acordo com o publicista Hely Lopes Meirelles, "são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes".[1] O publicista Lucas Rocha Furtado utiliza o art. 48 do Decreto n.º 93.872 de 23.12.1986 para conceituar os convênios da seguinte forma: "convênio ou simular – o instrumento que tenha como partes, de um lado a Administração federal, direta, autárquica ou fundacional e de outro entidades públicas ou organizações particulares; e, por objetivo, a execução de programas, projetos ou eventos de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação."[2]

Destarte, a Administração pode reunir-se com particulares, desde que estes não almejem lucro e tenham o mesmo objetivo, para alcança-los.

No entanto, existem algumas controvérsias na seara dos convênios, como a necessidade ou não de autorização legislativa para a sua celebração. O já referido doutrinador Hely Lopes Meirelles adota o entendimento de que, por exorbitarem a esfera de competência do Poder Executivo, necessitam da vênia do Poder Legislativo.[1] Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu pela inconstitucionalidade da autorização legislação para celebração de convênio (ADIN 165-5), por considerar que à submissão ao Legislativo afronta o princípio da separação dos poderes.[3]

Em que pese a opinião do ilustre doutrinador Hely Lopes Meirelles sobre a necessidade de autorização legislativa, adotamos o entendimento agasalhado pelo STF, por entendermos que tal "ratificação" fere a autonomia dos poderes, prevista no artigo 2º da Constituição Federal. Ademais, a fiscalização de todos os acordos feitos pela Administração Pública é tarefa do Tribunal de Contas, consoante disposição dos artigos 71 e 75 da Constituição Federal.

Por derradeiro, orientamos aos municípios que possuem lei orgânica com a exigência de submissão à casa legislativa para celebração de convênios, que cumpram esta exigência em razão do principio da legalidade ou que ajuízem Ação Direta de Inconstitucionalidade.

1. Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro, 36ª edição. Editora Malheiros).*

2. Lucas Rocha Furtado. *Curso de Direito Administrativo. Editora Fórum).*

3. *(STF - ADIMC 165 - MG - T.P. - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 23.02.1990).*

Maraísa C. Soriano Furlan
Advogada associada

Jorge Luís Ferreira Guilherme
Bacharel em Direito

Pagamento de 13º subsídio e adicional de férias aos agentes políticos

A legalidade do pagamento de décimo terceiro e adicional de férias aos agentes políticos é tema bastante controvertido, quer seja para ocupantes de cargo eletivo ou investido em função pública de confiança do Chefe de Poder Público, cargo público lato sensu.

Devido à complexidade do caso, abordarei, neste momento, somente o caso dos nomeados para ocupar cargo no poder público e, embora a matéria esteja longe de ser pacificada, nem por isso prevalece a impossibilidade de argumentação segura e clara sobre o tema, tendo como base a doutrina e a jurisprudência pátrias

O mestre Hely Lopes Meirelles assim define os agentes políticos: "São os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais".[1]

Sintetizando, são agentes políticos os ocupantes de cargos eletivos e as pessoas nomeadas para ocupar cargo nos primeiros escalões da administração, no caso do município, os secretários municipais, podendo ainda ser enquadrados nesta definição os diretores municipais quando na estrutura administrativa não existir o cargo de secretário municipal.

Feitas as necessárias definições conceituais, passo a discorrer sobre os direitos garantidos constitucionalmente aqueles que são nomeados para cargos de agentes políticos e, em que pese à clareza da determinação constitucional, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, autora sempre citada para respaldar a possibilidade do pagamento de direitos garantidos constitucionalmente aos agentes políticos, comentando a norma acima, enfatiza que: "no entanto, embora o dispositivo fale em parcela única, a intenção do legislador fica parcialmente frustrada em decorrência de outros dispositivos da própria Constituição, que não foram atingidos pela Emenda.

Com efeito, mantém-se, no artigo 39, § 3º, a norma que manda aplicar aos ocupantes de cargo público o disposto no artigo 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX".[2]

Com isto, o servidor que ocupe cargo público, o que exclui os que exercem mandato eletivo, ainda que categorizado como agente político, e em exercício de função pública de confiança do Chefe de Poder Público, portanto, investido em cargo público lato sensu, lhe é conferido o direito à percepção de décimo terceiro subsidio e adicional de férias, com supedâneo no art. 39, § 3º, da Constituição Federal, até porque a leitura dos direitos fundamentais deve ser ampliativa e não restritiva.

Corroborando este entendimento é a recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado se São Paulo, proferida em 19/03/2010, na apelação 994060856339 e a orientação do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo expressa no "Manual de remuneração dos agentes políticos municipais".

1. ***Direito Administrativo Brasileiro.*** *São Paulo: Malheiros, 2010.*
2. ***Direito Administrativo.*** *São Paulo: Atlas, 2010.*

José Roberto do Nascimento
Advogado Sócio
OAB 185.908

Graboski
ADVOGADOS ASSOCIADOS

Licitude na aquisição de sistemas apostilados pelas redes públicas de ensino

Na busca pela qualidade do ensino, as Prefeituras Municipais têm recorrido à aquisição de sistemas de ensino que consistem, basicamente, em apostilas com conteúdo pedagógico. Entretanto, correntemente surgem questionamentos acerca da possibilidade desta aquisição, bem como acerca da utilização de recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino, vinculados ao Fundeb ou não, para o pagamento desta despesa.

Sobre o tema, esclarece-se que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, desde o ano de 2006, editou a Deliberação TC-A-21176/026/06, disciplinando a prática de contratação de sistemas de ensino para uso da rede pública, uma vez considerando o crescente e contínuo interesse na contratação de métodos educacionais por parte dos municípios em substituição aos fornecidos pelos órgãos oficiais.

Há ressalva, contudo, no art. 1º da referida Deliberação, quanto à necessidade e obrigatoriedade da realização do certame licitatório "preferencialmente do tipo técnica e preço", quando da contratação de empresas que forneçam o material. Registre-se que a mesma Deliberação traz outras orientações em relação ao processo licitatório.

Por outro lado, o fato do Tribunal de Contas deliberar sobre a forma de contratação dos sistemas, demonstra que aquela Corte entende lícita a utilização de recursos vinculados à manutenção e desenvolvimento do ensino para tal finalidade.

A fundamentação legal está no art. 70 da LDB - Lei Federal nº. 9.394/96 - que dispõe em seu art. 70, inciso VIII, que se consideram como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com a "aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar."

O sistema de ensino nada mais do que um material didático-escolar, vez que todos os objetos e utensílios utilizados pelo professor e pelos alunos e que se prestam a proporcionar ou facilitar o desenvolvimento do processo ensino-aprendizagem, são assim considerados.

A conclusão, portanto, é no sentido de que é lícito adquirir sistema de ensino pelas redes públicas de educação, inclusive contrair as respectivas despesas à conta dos recursos vinculados constitucionalmente à manutenção e desenvolvimento do ensino, incluindo-se o Fundeb, sendo, contudo, necessário que a aquisição seja precedida de certame licitatório, preferencialmente do tipo técnica e preço, nos termos da Deliberação TC-A-21176/026/06 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Sarita da Matta Dias Peres
Advogada Sócia
OAB/SP 247.271

Expediente
Informativo Jurídico do Escritório Graboski Advogados Associados
Rua Joaquim Nabuco, 102 - Centro - Adamantina/SP
CNPJ: 043133150001-40
www.graboskiadvogados.com.br

Conselho Editorial:
José Silvio Graboski de Oliveira - OAB/SP 184.537
José Roberto do Nascimento - OAB/SP 185.908
Sarita da Matta Dias Peres - OAB/SP 247.271
Adalberto E. Lourenço Silva - OAB/SP 241.501
Luiz Antonio Mota – OAB/SP 277.280
Maraísa Cristina Soriano Furlan – OAB/SP 298.427