

Ano Eleitoral e a Nomeação de Aprovado em Concurso Público

José Silvio Graboski de Oliveira. Advogado, especialista em Direito Educacional. Sócio da Pública – Gestão Educacional e do escritório Graboski Advogados Associados.

Sarita da Matta Dias Peres. Advogada, especialista em Direito Educacional. Sócia da Pública – Gestão Educacional e do escritório Graboski Advogados Associados.

Leonardo Farina Contiero. Advogado, especialista em Direito Público. Associado do escritório Graboski Advogados Associados.

Em ano que antecede as eleições municipais ou mesmo no início do ano eleitoral, são comuns as dúvidas sobre a possibilidade de realização de concurso público/processo seletivo e a nomeação ou contratação de servidor público, quer seja para provimento de cargo ou emprego efetivo ou contratação temporária para atender excepcional interesse público.

E, adicionalmente, temos em vigor a Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020, com vedações que atingem os servidores e as administrações públicas em decorrência da implantação de ações para o enfrentamento da pandemia do Coronavírus.

Por isso, abordaremos neste artigo a questão da legalidade de nomeação de candidato aprovado em concurso público no corrente ano eleitoral e declarado estado de calamidade pública, a partir da análise de três normas distintas: Lei Federal nº 9.504/97 (Lei Eleitoral), Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e a Lei Complementar nº 173/20 (Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 - Covid-19 -, altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000).

Isto posto, necessário mencionar que, para saber quais atos podem ou não ser praticados pelos agentes públicos em ano eleitoral, primordial examinarmos o disposto na Lei Federal nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que disciplina e estabelece normas para as eleições.

Aludido diploma eleitoral positiva uma série de condutas vedadas aos agentes públicos, vedações estas que visam manter o equilíbrio entre os candidatos, bem como a proibição do uso da máquina administrativa em favor de candidato, partido político ou coligação partidária, senão vejamos o disposto em seu artigo 73, *in verbis*:

“Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

(...)

V - **nomear, contratar ou de qualquer forma admitir**, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, ex officio, remover, transferir ou exonerar **servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados**:

a) (...)

c) **a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo**;

d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo; ”
(grifamos e negritamos)

Depreende-se, da leitura do artigo supracitado, que existe vedação à nomeação, à contratação ou a qualquer outra forma de admissão de servidores públicos, na circunscrição do pleito, nos três meses que antecedem as eleições e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito.

Entretanto, não se pode perder de vista que o próprio artigo expressamente ressalva (logo, permite) a nomeação/contratação dos aprovados em concursos públicos, desde que estes estejam homologados até o início daquele prazo (três meses antes da eleição).

Noutros termos, no ano em que ocorrer a eleição, observados outros aspectos legais aplicáveis ao caso, não há nenhuma proibição a nomeação ou contratação de servidores, desde que a homologação do concurso público ocorra até 03 (três) meses antes da realização do pleito eleitoral.

Considerando que as eleições municipais de 2020 estão previstas para ocorrer no dia 15 de novembro, o prazo de 03 (três) meses que antecede o pleito é 15 de agosto de 2020, portanto, desde que o concurso tenha sido homologado até essa data (15.08.20), as nomeações/contratações dos candidatos aprovados poderão ser feitas a qualquer tempo.

Percebe-se, desta forma, que no que concerne à Administração Municipal, é permitido, a qualquer tempo, inclusive nos três meses que antecedem a eleição e até a posse dos eleitos, nomear os aprovados em concursos públicos homologados até o início do prazo estabelecido na lei, ou seja, três meses antes da data das eleições.

Quanto aos concursos públicos, e é neste ponto que atacamos a questão objeto deste artigo, devemos frisar que aqueles **realizados e homologados** até três meses anteriores ao pleito, possibilitam a contratação de servidores a qualquer tempo, mesmo no chamado *período eleitoral*.

A afirmação acima ganha crédito quando analisamos o entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral - TSE, externado por meio da Resolução nº 21.806, de 08 de junho de 2004, *que dispõe sobre nomeações, contratações e outras movimentações funcionais desde três meses que antecedem as eleições até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito*, nos seguintes termos:

"Consulta. Recebimento. Petição. Art. 73, V, Lei nº 9.504/97. Disposições. Aplicação. Circunscrição do pleito. Concurso público. Realização. Período eleitoral. Possibilidade. Nomeação. Proibição. Ressalvas legais.

1. As disposições contidas no art. 73, V, Lei nº 9.504/97 somente são aplicáveis à circunscrição do pleito.

2. Essa norma não proíbe a realização de concurso público, mas, sim, a ocorrência de nomeações, contratações e outras movimentações funcionais desde os três meses que antecedem as eleições até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito.

3. A restrição imposta pela Lei nº 9.504/97 refere-se à nomeação de servidor, ato da administração de investidura do cidadão no cargo público, não se levando em conta a posse, ato subsequente à nomeação e que diz respeito à aceitação expressa pelo nomeado das atribuições, deveres e responsabilidades inerentes ao cargo.

4. A data limite para a posse de novos servidores da administração pública ocorrerá no prazo de trinta dias contados da publicação do ato de provimento, nos termos do art. 13, § 1º, Lei nº 8.112/90, desde que o concurso tenha sido homologado até três meses antes do pleito conforme ressalva da alínea c do inciso V do art. 73 da Lei das Eleições.

5. A lei admite a nomeação em concursos públicos e a conseqüente posse dos aprovados, dentro do prazo vedado por lei, considerando-se a ressalva apontada. Caso isso não ocorra, a nomeação e conseqüente posse dos aprovados somente poderão acontecer após a posse dos eleitos.

6. Pode acontecer que a nomeação dos aprovados ocorra muito próxima ao início do período vedado pela Lei Eleitoral, e a posse poderá perfeitamente ocorrer durante esse período.

7. Consoante exceções enumeradas no inciso V, art. 73, as proibições da Lei nº 9.504/97 não atingem as nomeações ou exonerações de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança; as nomeações para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais ou conselhos de contas e dos órgãos da Presidência da República; as nomeações ou contratações necessárias à

instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do chefe do Poder Executivo e as transferências ou remoções ex officio de militares, de policiais civis e de agentes penitenciários". (Res. nº 21.806, de 8.6.2004, rel. Min. Fernando Neves.)” (grifamos e negritamos)

Na mesma linha, é o entendimento do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo – TRESP, conforme julgado abaixo colacionado:

“RECURSO ELEITORAL. INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CONDUTA VEDADA E ABUSO DE PODER. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. CANDIDATO AO CARGO MAJORITÁRIO. AUSÊNCIA DE LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO. DECISÃO DE MÉRITO FAVORÁVEL À PARTE CUJA DECLARAÇÃO DE NULIDADE APROVEITARIA (ART. 249, § 2º, DO CPC). **NOMEAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO HOMOLOGADO EM PERÍODO ANTERIOR AOS TRÊS MESES QUE ANTECEDERAM AS ELEIÇÕES. CONDUTA QUE SE AMOLDA À EXCEÇÃO EXPRESSAMENTE PREVISTA EM LEI. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ABUSO DE PODER POLÍTICO OU DE AUTORIDADE. NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO. (...) 5. NO TOCANTE ÀS CONTRATAÇÕES QUESTIONADAS, TEM-SE QUE SÃO ORIUNDAS DE CONCURSOS PÚBLICOS HOMOLOGADOS ANTES DOS TRÊS MESES QUE ANTECEDERAM O PLEITO, ISTO É, ABRIL E DEZEMBRO DE 2010, ABRIL DE 2011, ABRIL E JUNHO DE 2012, ATRAINDO, PORTANTO, A INCIDÊNCIA DA RESSALVA EXPRESSAMENTE CONTIDA NO ART. 73, INC. V, ALÍNEA "C", DA LEI Nº 9.504/97.**

NESSA LINHA, NÃO HÁ FALAR EM CONDUTA VEDADA E TAMPOUCO EM ABUSO DE PODER. 6. REJEITADA A PRELIMINAR, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO, MANTENDO-SE A SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE A INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. (RECURSO ELEITORAL nº 56208, Acórdão, Relator(a) Min. Antônio Carlos Mathias Coltro, Publicação: DJESP - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-SP, Data 07/02/2013)” (original sem grifo e negrito)

Pois bem! Vencida a análise da legislação eleitoral, necessário examinar as vedações impostas pela Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), a qual estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

Referido diploma legal veda a nomeação de candidatos aprovados em concurso público quando referida nomeação resultar em aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo, conforme disposto em seu artigo 21, o qual pedimos vênias para transcrever:

“Art. 21. É nulo de pleno direito:

I - o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:

a) às exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar e o disposto no inciso XIII do caput do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição Federal; e

b) ao limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo;

II - **o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20;**

III - o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal que preveja parcelas a serem implementadas em períodos

posteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20;

IV - a aprovação, a edição ou a sanção, por Chefe do Poder Executivo, por Presidente e demais membros da Mesa ou órgão decisório equivalente do Poder Legislativo, por Presidente de Tribunal do Poder Judiciário e pelo Chefe do Ministério Público, da União e dos Estados, de norma legal contendo plano de alteração, reajuste e reestruturação de carreiras do setor público, ou a edição de ato, por esses agentes, para nomeação de aprovados em concurso público, quando:

a) **resultar em aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo;** ou

b) resultar em aumento da despesa com pessoal que preveja parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo.

§ 1º As restrições de que tratam os incisos II, III e IV:

I - devem ser aplicadas inclusive durante o período de recondução ou reeleição para o cargo de titular do Poder ou órgão autônomo; e

II - aplicam-se somente aos titulares ocupantes de cargo eletivo dos Poderes referidos no art. 20.

§ 2º Para fins do disposto neste artigo, serão considerados atos de nomeação ou de provimento de cargo público aqueles referidos no § 1º do art. 169 da Constituição Federal ou aqueles que, de qualquer modo, acarretem a criação ou o aumento de despesa obrigatória.” (grifamos e negritamos)

Por consequência, de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal, restará vedado o incremento de despesas com pessoal no período de 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do Poder

Executivo, o qual se opera entre o dia 05 de julho e o dia 31 de dezembro de 2020.

Contudo, imprescindível ponderar que o incremento de despesa vedado pela referida Lei de Responsabilidade Fiscal não se mede por meio de um valor nominal, mas, sim, por meio de percentual.

Esse é o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo - TCESP¹, contido na publicação “*Gestão Financeira de Prefeituras e Câmaras Municipais com as regras do último ano de mandato e da legislação eleitoral*”, pág. 82, onde lemos:

“Ademais, há de se enfatizar que, sob a LRF, a despesa de pessoal é sempre um número percentual, obtido do confronto de 12 meses desse gasto com 12 meses de receita corrente líquida. Então, incrementar tal dispêndio é o mesmo que elevar sua taxa em face da verificada no mês que precede os 180 dias da norma: o de junho” (grifamos e negritamos)

Sendo assim, a simples nomeação/contratação de servidor aprovado em concurso público não significa, por si só, que haverá incremento de despesas com pessoal, o que se deve verificar é se haverá aumento do percentual em face das receitas correntes líquidas.

Exemplificando, se em junho o percentual de despesas com pessoal em função da receita corrente líquida era de 49,3%, o que se deve verificar é se as contratações resultarão em aumento desse índice percentual. Se aumentar, incorrerá em vedação.

Todavia, se em razão de alguns fatores, como o aumento da receita corrente líquida ou o corte de despesas com pessoal em outras áreas, (diminuição do pagamento de hora extra, diminuição de pagamentos de

¹ Disponível em:

<https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/Gest%C3%A3o%20financeira%20de%20prefeituras%20pdf-RETIFICA%C3%87%C3%83O%20DA%20PAGINA%202020.pdf> Acesso em 28.09.2020.

gratificações, etc.) o percentual não se alterar com a realização das contratações, não haverá vedação.

Em outras palavras, se a contratação de candidatos aprovados em concurso público nos últimos 180 (cento e oitenta) dias do mandato não resultar em aumento do percentual das despesas com pessoal comparada com o percentual registrado no mês de junho, não haverá proibição.

No entanto, e isso é de fundamental importância, recentemente tivemos o advento da Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020, *que estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências.*

Mencionado dispositivo legal vedou ao Poder Público, até a data de 31 de dezembro de 2021, a adoção de medidas que impliquem ou resultem em aumento de despesa, nos termos do seu artigo 8º, dentre as quais está a contratação ou nomeação de servidores públicos efetivos, nos termos do inciso IV, senão vejamos:

“Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:

(...)

II - criar cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa;

(...)

IV - admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, as

contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares;
V - **realizar concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV;**” (original sem grifo e negrito)

Do artigo supracitado, depreende-se que os municípios estarão impedidos, até a data de 31 de dezembro de 2021, de admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos ou empregos efetivos ou vitalícios, como é o caso de aposentadoria, exoneração ou falecimento, e as contratações temporárias.

Melhor dizendo, quando se tratar de reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios (aposentadoria, exoneração ou falecimento), não haverá óbice legal quanto à nomeação/contratação de servidor público efetivo, aprovado em concurso público.

Neste sentido está o entendimento da Confederação Nacional dos Municípios – CNM², exarado por meio de sua Cartilha Perguntas Frequentes, senão vejamos:

“62. Para Município que tem concurso em curso, como fica?

Entendemos que devam ser concluídas todas as etapas, excetuando-se a nomeação ou contratação dos aprovados e a validade do concurso deverá ser computada a contar do término do período de calamidade pública.” (grifamos e negritamos)

Outro não é o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCE/SP, em seu artigo “Breves Considerações sobre Lei

² Disponível em: <https://www.cnm.org.br/informe/exibe/perguntas-e-respostas-da-lc-173-2020-15/17> Acesso em 28.09.2020.

Complementar nº 173-20³, de autoria de Sérgio Ciquera Rossi , Secretário-Diretor Geral da Corte de Contas, senão vejamos:

“Já o inciso IV veda a contratação de pessoal a qualquer título, mas admite aquela destinada à reposição de cargos de chefia, direção e assessoria, além de reposições, no caso de vacância, de cargos efetivos ou vitalícios. O inciso IV, do artigo 9º, há de ser interpretado em combinação com o artigo 10, que estabelece a suspensão do prazo de validade dos concursos já homologados até o término do estado de calamidade. A interpretação do inciso IV com o artigo 10 configura o princípio da especialidade em que um dispositivo pormenoriza regra de ordem geral. No caso, o inciso IV não implicará na suspensão do prazo de validade do concurso que tenha sido realizado para **restabelecimento do número de servidores do quadro, cuja nomeação decorre de um dos casos de vacância; portanto, é possível a nomeação se decorrente dessa condição.** Esse entendimento ganha força se analisado com o inciso V, que proíbe a realização de concursos no período, salvo se destinados ao preenchimento de vacâncias.” (original sem grifo e negrito)

Desta forma, tendo em vista o alhures exposto, conclui-se que haverá amparo legal para a nomeação/contratação de servidor público, a qualquer momento, desde que o concurso público tenha sido homologado até a data de 15 de agosto de 2020 e esteja dentro de seu prazo de validade (Lei Federal nº 9.504/97 - Lei Eleitoral), e não restem caracterizadas as demais vedações trazidas pela Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e Lei Complementar nº 173/20 (Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus).

³ Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/6524-artigo-breves-consideracoes-sobre-lei-complementar-173-2020> Acesso em 28.09.2020.