

RECOMENDAÇÃO N.º 007/2020

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**, por sua 2ª Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social da Comarca de Naviraí/MS, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, com fundamento no artigo 25, inciso IV, alíneas “a” e “b”, e artigo 27, inciso I e parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público); artigo 27, inciso I, e artigo 29, inciso IV, da Lei Complementar Estadual nº 72/1994 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul); artigo 129, incisos II e III, da Constituição da República e artigos 5º e 44 da Resolução PGJ nº 15/2007, em razão da apuração de fatos relacionados ao descumprimento do disposto no artigo 37, incisos II e IX, da CF/88, constatada nos autos de Inquérito Civil nº 06.2020.00000929-8, expede a seguinte

RECOMENDAÇÃO

ao Prefeito do Município de Naviraí/MS, Excelentíssimo Senhor José Izauri de Macedo

CONSIDERANDO que ao Ministério Público cabe a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/88; art. 1º da Lei nº 8.625/93 e art. 1º da LC nº 72/94), sendo que, para tanto, deve promover inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da CF/88; art. 25, IV, b, da Lei nº 8.625/93 e art. 25, IV, b, da LC nº 72/94);

CONSIDERANDO que, segundo Hugo Nigro Mazzilli, o *“Promotor de Justiça do patrimônio público e social tem sua área de atuação voltada para a defesa da probidade e legalidade administrativas e da proteção do patrimônio público e social”*¹;

CONSIDERANDO que, nos termos da doutrina jurídica nacional, a recomendação administrativa *“constitui um instrumento poderoso para conformação e adequação de condutas de agentes políticos e administradores públicos, consistindo numa espécie de notificação e alerta sinalizador da necessidade de que providências sejam tomadas, sob pena de consequências e adoção de outras medidas e expedientes repressivos por parte do*

¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. Introdução ao Ministério Público. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 319.

*Ministério Público*², viabilizando, dessa maneira, na hipótese de descumprimento, a demonstração de dolo para eventual ajuizamento de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, sem prejuízo de ação própria para anulação do ato ilegal praticado ou de ação própria visando a imposição de obrigação de fazer;

CONSIDERANDO que o artigo 37, caput, da Constituição Federal preconiza que **“A administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”**;

CONSIDERANDO que de acordo com o disposto no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, **“a investidura em cargo ou emprego público depende da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”**;

CONSIDERANDO que tanto a exegese literal quanto a sistemática da norma do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal revelam que, embora existam exceções previstas na própria Constituição Federal, a regra geral é que o acesso aos cargos públicos se dê mediante aprovação em concurso público;

CONSIDERANDO que a norma do artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal dispõe que **“a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”**;

CONSIDERANDO que a exegese da norma do artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal revela que a contratação temporária constitui uma das exceções à regra do artigo 37, inciso II, da CF/88;

CONSIDERANDO que embora as contratações temporárias exerçam papel importante dentro da Administração Pública, por representar soluções de inúmeros problemas para os administradores, em muitos casos a sua utilização vem sendo feita de forma irresponsável e abusiva, constituindo-se uma ferramenta para inúmeras ilegalidades;

CONSIDERANDO que por assim o ser, ou seja, exceção à

² ALVES, Leonardo Barreto Moreira e BERCLAZ, Márcio Soares. Ministério Público em ação. 2. ed. Salvador: JusPODVM, 2013, p. 49.

regra do artigo 37, inciso II, da CF/88, a regra do artigo 37, IX, da CF/88 deve ser interpretada restritivamente, de modo que a validade das contratações depende necessariamente dos requisitos da excepcionalidade do interesse público e, notadamente, do caráter transitório das funções a serem desempenhadas;

CONSIDERANDO que esta interpretação constitucional encontra amparo na jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, tal como se extrai do seguinte trecho da decisão do Pleno, proferida no julgamento da ADI 3210/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ: 03.12.2004, p. 00012: **“(…) I. – A regra é a admissão do servidor público mediante concurso público: C.F., art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37 e a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público: C.F., art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos casos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público excepcional. II – Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADI 1.500/ES, 2229/ES e 1219/PB, Ministro Carlos Velloso; ADI 2125-MC/DF e 890/DF, Ministro Maurício Corrêa; ADI 2380-MC/DF, Ministro Moreira Alves; ADI 2987/SC, Ministro Sepúlveda Pertence; III. – A lei referida no inciso IX do art. 37, C.F., deverá estabelecer os casos de contratação temporária. No caso, as leis impugnadas instituem hipóteses abrangentes e genéricas de contratação temporária, não especificando a contingência fática que evidenciaria a situação de emergência, atribuindo ao chefe do Poder interessado na contratação estabelecer os casos de contratação: inconstitucionalidade. IV. – Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente”;**

CONSIDERANDO que esta interpretação constitucional também encontra amparo na jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, tal como se extrai do seguinte trecho da decisão proferida no julgamento do CC 94133/CE, STJ – Terceira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgamento: 13.08.2008, DJe 25.08.2008: **“(…) É assente nesta Corte que o recrutamento de servidor com escora no art. 37, IX da CF, não revela qualquer vínculo trabalhista disciplinado na CLT, sendo, portanto, da Justiça Federal a competência para dirimir questão de pagamento de verbas neste caso. 2. Para que seja caracterizado o referido regime especial deve se atender a três pressupostos inafastáveis: contratação por prazo determinado; necessidade temporária dos serviços a serem prestados e excepcionalidade do interesse público que requer o recrutamento precário. 3. Se a contratação, que deveria ter caráter temporário, passar indevidamente a ter cunho de permanência, o regime especial estará desnaturado, de modo que deverá se considerar o vínculo como de natureza trabalhista comum, e eventuais**

litígios entre as partes deverão ser processados e julgados, consequentemente, pela Justiça do Trabalho. (...)”;

CONSIDERANDO que nos autos de Inquérito Civil nº 06.2020.000000929-8, após diligências investigatórias, esta Promotoria de Justiça apurou a existência de processo seletivo para contratação temporária de educador social, deflagrado com fundamento na Lei Municipal nº 2.286, de 19 de junho de 2020;

CONSIDERANDO que após análise da legislação pertinente, em especial da Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009 - que dispõe sobre a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais, verificou-se que os serviços prestados por educadores sociais são aqueles comumente prestados na rede assistencial do Município de Naviraí,

CONSIDERANDO que este fato evidenciou que as justificativas fáticas utilizadas para a deflagração do aludido processo seletivo não se amoldaram às hipóteses referidas pelo permissivo constitucional veiculado pelo artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal, dada a evidente falta de excepcionalidade e de temporariedade no exercício de tais funções públicas que, ao que tudo indicam, já deveriam estar sendo exercidas antes da pandemia do COVID-19, bem como deverão continuar a ser após a superação da mesma;

CONSIDERANDO que o fato de futura contratação ofender o disposto no artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal constitui ilegalidade, notadamente diante do disposto no artigo 37, caput, da Constituição Federal;

CONSIDERANDO que a Administração Pública Municipal, dentre outros, é dotada do poder de autotutela de seus próprios atos administrativos, de modo que, segundo os ensinamentos de Fernanda Marinela, **“a Administração Pública pode controlar os seus próprios atos, seja para anulá-los, quando ilegais, ou revoga-los, quando inconvenientes ou inoportunos, independente de revisão pelo Poder Judiciário”**. (*Direito Administrativo, Editora Impetus, 2013, p. 63*);

CONSIDERANDO o entendimento jurisprudencial consolidada na Súmula 346 do STF, que dispõe **“A Administração Pública pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos”**;

CONSIDERANDO o entendimento jurisprudencial

consolidado na Súmula 473 do STF, que dispõe: **“A Administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”**;

RECOMENDA ao Prefeito do Município de Naviraí/MS, Excelentíssimo Senhor José Izauri de Macedo que anule o processo seletivo para contratação temporária de educador social deflagrado através do Decreto nº 61/2020, Edital nº 001/2020, bem como para que implemente as medidas administrativas tendentes à realização de concurso público objetivando o preenchimento de todos os cargos de educador social que seriam ocupados por servidores contratados mediante contrato de trabalho por prazo temporário, a fim de que se faça observar a regra veiculada pelo artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

SOLICITA-SE que esta Promotoria de Justiça seja informada, no prazo de 05 (cinco) dias, acerca das providências tomadas relativamente ao que ora se recomenda, bem como de todas as demais providências que vierem a ser tomadas após o referido prazo, independentemente de novas requisições de informações;

REQUISITA-SE que, de acordo com o disposto no artigo 27, parágrafo único, da Lei nº 8629/93, seja dada à presente recomendação a sua adequada e imediata divulgação, preferencialmente através de publicação da mesma no Portal da Transparência do Município de Naviraí

ADVERTE-SE que, em caso de não cumprimento da Recomendação, poderão ser adotadas as medidas judiciais cabíveis para solução da irregularidade e para a eventual responsabilização pessoal notadamente a luz do disposto na Lei nº 8429/92

Naviraí, 17 de julho de 2020.

(assinado digitalmente)
Daniel Pívaro Stadniky
Promotor de Justiça