

Nomeação de candidatos aprovados em concurso e concessão de progressão funcional nos últimos 180 dias de mandato: ausência de violação ao art. 21 da LRF e ao art. 73, inc. V, da Lei 9.504/97*.

CONSULTA. FINANCEIRO. DESPESA COM PESSOAL. ART. 21, LRF. ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. PROGRESSÕES/PROMOÇÕES FUNCIONAIS.

1. Para os fins do art. 21 da LRF, há que se considerar que a criação de despesa referente a servidor ocupante de cargo de provimento efetivo, longe de ocorrer com a nomeação, decorre diretamente da lei que dá gênese aos referidos cargos.

2. As vedações encartadas tanto no art. 21, parágrafo único, LRF; quanto no art. 73, inc. V, Lei 9.504/1997, não podem ser aplicadas para nomeação em provimento efetivo oriundo de concurso público. O termo a ser adotado como critério é a data de homologação do certame, a qual deve ocorrer anteriormente aos prazos da LRF e da Lei das Eleições. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

3. O art. 21, parágrafo único, LRF, objetiva proteger a Administração Pública de “testamentos políticos”, atos de gestão tomados ao fim de mandatos com a escusa finalidade de inviabilizar, financeiramente, a gestão vindoura. Não ofende, por isso, a gestão financeira responsável a nomeação de candidatos em concurso público cujas vagas não foram criadas por lei publicada nos 180 últimos dias do mandato da autoridade nomeante. Precedente do TCU. Entendimento tanto mais reforçado em razão do uníssono posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que pontifica que uma vez aprovado dentro do número de vagas previstas no edital, o candidato tem direito adquirido à nomeação – correlato ao dever do Estado de proceder à nomeação, salvo hipóteses excepcionais devidamente motivadas.

*Parecer 1407/2017 (Processo 06578/2017-0).

4. A não incidência do art. 21, parágrafo único, LRF, não dispensa que os seguintes requisitos sejam observados: (i) a despesa pública decorrente de tais nomeações seja suficiente, abrangida por dotação orçamentária, constante na LOA ou em crédito suplementar (art. 63, parágrafo único, LDO); (ii) para que não se configure aumento de despesa, as nomeações cingem-se aos aprovados dentro do número de vagas, neste número computando-se as desistências, obviamente; (iii) antes da nomeação, é premente que os autos sejam encaminhados à Secretaria de Administração, para que seja lavrado atesto orçamentário e, após, ao Controle Interno, para que seja acostado estudo com o impacto orçamentário das nomeações no presente exercício e nos dois seguintes.

5. No que atine às progressões/promoções funcionais dos servidores públicos do Quadro IV do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, no Parecer nº 1172/2017 foi consignado que o orçamento do Tribunal de Contas estava deficitário em razão das despesas incorporadas do extinto TCM/CE. A despeito da falta de sistematização do assunto, alguns Tribunais de Contas já se manifestaram no sentido de que a concessão de aumentos salariais previstos em norma legal editada anteriormente ao período de vedação, com repercussão, nele, não se insere no campo de vedação do art. 21 da LRF. Diferença entre criação e efeitos financeiros de um direito estatuído em sede de ato normativo primário. Possibilidade da execução dos efeitos das progressões/promoções, caso exista dotação orçamentária para tanto.

I

1. Tratam os autos de Consulta encaminhada pela Sra. Chefe de Gabinete da Presidência, que veicula indagação formulada pelo Exmo. Senhor Presidente deste Tribunal de Contas do Estado, formalizada na CI 146/2017 (f. 01).

2. Na Comunicação Interna, contextualiza-se que S. Exa. o Presidente do Tribunal encontra-se no período indicado no art. 21, parágrafo único, da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF): nos 180 últimos dias de mandato. Nesse diapasão, pergunta se é lícita a progressão de servidores (em carreira funcional) bem como a nomeação em provimento efetivo de cidadãos aprovados dentro das vagas no último concurso público realizado por este Tribunal.

3. A CI 146/2017 foi autuada em caderno processual e diretamente encaminhada para esta Procuradoria Jurídica.

É o breve relatório.

II

Passo a opinar.

4. O equilíbrio fiscal claramente consiste em bem jurídico tutelado por nossa ordem constitucional. É até verdade que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) não possui um dispositivo nos moldes do art. 81 da Constituição da República Italiana de 1947¹,

¹ “Art. 81. Lo Stato assicura l’equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. Il ricorso all’indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali. Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte. Le Camere ogni anno approvano con legge il bilancio e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo. L’esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a quattro mesi. Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l’equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale.” (Redação conferida pela Lei Constitucional nº 1 de 20/04/2012).

que consagra o equilíbrio orçamentário derivado do cotejo entre receitas e despesas públicas, e que se mostra passível até mesmo de parâmetro para adjudicação². Independentemente disso, exsurge dos arts. 163-169 do texto de 1988 uma “Constituição financeiro-orçamentária”, que pressupõe um equilíbrio orçamentário ao mesmo tempo em que o estimula, forte na coordenação e conjugação das peças orçamentárias, que devem perseguir a implementação de planos, ações e atividades de modo até transcendente à duração de mandatos³.

5. Com a EC 19/1998, o equilíbrio orçamentário, que era uma mera exortação às legislaturas, começa a evidenciar normatividade. O art. 169, CF/88, passa a prever a edição de lei complementar que tecerá limites à geração de despesa com pessoal ativo e inativo de todos os entes federais. Com fulcro nessa norma autorizativa, bem assim na reserva de lei complementar estatuída nos arts. 163 e 165, §9º, CF/88, foi editada a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), Lei Complementar 101/2000.

6. Tão logo em seu art. 1º é enunciado que a LRF tem por objetivo a implementação da responsabilidade fiscal. Os meios para tanto estão expostos no §1º, do art. 1º, norma que contém alta densidade normativa para fins hermenêuticos:

“Art. 1º (...)

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem

2 A Corte Constitucional da Itália vislumbra parametricidade no art. 81 da Constituição de 1947, para fins de controle de constitucionalidade. Essa constitucionalização do direito financeiro tem sido decisiva para a institucionalização do controle do equilíbrio fiscal. A propósito, ressalte-se que mesmo antes da emenda que modificou os termos do art. 81 a Corte Constitucional já reputava o dispositivo em questão como adjudicável, mesmo que em sede de pronúncia incidental de inconstitucionalidade (veja-se *Sentenza* nº 132/2014). Cf. BELLETTI, Michele. **Corte Costituzionale e Spesa Pubblica: le dinamiche del coordinamento finanziario ai tempi dell'equilibrio di bilancio**. Torino: Giappichelli, 2016, pp. 84 e ss.

3 LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da Lei Orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 257.

riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.”

7. Como não poderia deixar de ser, a despesa pública possui grande relevância nesse contexto, o que explica os vários dispositivos da LRF devotados a condicionar sua geração, seja demarcando limites de endividamento, seja sancionando o seu descumprimento. Como exemplo desta última classe de normas destaca-se o art. 21, objeto de questionamento nestes autos, e que assim resta inscrito:

Art. 21. É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:
I - as exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no inciso XIII do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição;
II - o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo.
Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20.

8. Se, de modo geral, é comezinho que a interpretação do direito requer diligência no sentido de se evitar absolutos, no que toca ao art. 21, parágrafo único, LRF, isso é tanto mais verídico. Sua hermenêutica reclama conjugação com o acima transcrito art. 1º, §1º, da LRF, com o bem jurídico tutelado pelo diploma normativo em questão. Conjugação que uma vez realizada permite vislumbrar que o elemento finalístico do art. 21, parágrafo único, LRF, soma esforços àquele do art. 73, inc. V, da Lei 9.504/97, que entre as condutas vedadas aos agentes públicos lista aquela de “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”.

9. Quem traça o paralelo, a propósito, é o C. Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL APROVADA EM CONCURSO PÚBLICO HOMOLOGADO ANTES DO PLEITO ELEITORAL. POSSIBILIDADE. EXONERAÇÃO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(...)

3. O STJ já consolidou a orientação de que a “exegese do art. 21, parágrafo único, da Lei Complementar n. 101/00 c/c o art. 73, inciso V, alínea ‘c’, da Lei n. 9.504/97, conduz à conclusão de que, embora exista vedação quanto à nomeação de servidores públicos nos 3 (três) meses que antecedem o pleito eleitoral e até a posse dos eleitos, esta não incide sobre os concursos públicos que, tal como ocorre na hipótese dos autos, foram homologados até o início do citado prazo”, bem como é vedada a exoneração de servidor público em razão de anulação de concurso, sem a observância do devido processo legal. (RMS 31.312/AM, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011). Precedentes do STF e do STJ.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e nessa extensão não provido.

(REsp 1.322.999/PI, Rel. Min. Og Fernandes, 2ª Turma, julgado em 04/05/2017, DJe de 10/05/2017)

10. O art. 21, parágrafo único, LRF, portanto, dialoga com nossa tradição política de patrimonialismo e, enfrentando-a, coloca-se como uma garantia institucional em favor da Administração Pública impessoal. Adversa o dispositivo, assim, os “testamentos políticos”, condenáveis práticas de agentes políticos que, ao apagar das luzes de seus governos, patrocinam distribuição de benesses à sua clientela eleitoral à custa do erário. E isso não por bondade, mas para inviabilizar a gestão vindoura. Nesse sentido a Professora **Maria Sylvia Di Pietro** e Sua Excelência o Cons. **Edilberto Pontes Lima**:

“A intenção do legislador com a norma do parágrafo único foi impedir que, em fim de mandato, o governante pratique atos que aumentem o total de despesa com pessoal, comprometendo o orçamento subsequente ou até mesmo superando o limite imposto pela lei, deixando para o sucessor o ônus de adotar as medidas cabíveis para alcançar o ajuste.”⁴

“A Lei de Responsabilidade Fiscal representou um avanço significativo. Se outra providência não tomou, no mínimo trouxe o foco para a questão da disciplina fiscal, do equilíbrio intertemporal do orçamento, da necessidade de planejamento, de não-oneração das futuras administrações.”⁵

11. Fixadas essas premissas hermenêuticas, passa-se a exame dos dois questionamentos formulados.

II.1. Nomeação em cargo de provimento efetivo nos 180 últimos dias de mandato de Presidente de Tribunal de Contas.

12. Preliminarmente, importa asseverar que é pacífico na

4 DI PIETRO, Maria Sylvia. “Comentários aos arts. 18 a 28”. In: MARTINS, Ives Gandra. NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 155.

5 LIMA, Edilberto Pontes. “Dez anos da Lei de Responsabilidade Fiscal: avanços e percalços”. In: **Revista Controle**. Vol. VIII, Nº1. Fortaleza: Tribunal de Contas do Estado do Ceará, 2010, p. 44.

jurisprudência das Cortes de Contas que as proibições do art. 21 da LRF se aplicam não só aos chefes dos Poderes Executivo e Legislativo, mas a todos os titulares de poderes e órgãos com autonomia administrativa, financeira e orçamentária, dentre os quais, logicamente, o Presidente de Tribunal de Contas (nesse sentido: **TCU, Acórdão 2.354/2007 – Plenário**).

13. Não obstante sua aplicação no que toca ao aspecto subjetivo de incidência, igual conclusão não se chega no que pertine à hipótese fática em questão.

14. O § 1º do art. 169 da CF/1988 condiciona a **admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título**, à (i) **prévia dotação orçamentária** e à (ii) **autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)**:

“Art. 169 (...)

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a **admissão ou contratação de pessoal**, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:
I - se houver **prévia dotação orçamentária** suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver **autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias**, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.”

15. A **LDO** incidente, **Lei Estadual 16.084/2016**, desde de sua publicação, já autoriza a admissão de pessoal a qualquer título, para fins do art. 169, §1º, inc. II, CF/88:

Art. 63. Para fins de atendimento ao disposto no art. 169, § 1º, inciso II da Constituição Federal, ficam autorizadas as concessões de quaisquer vantagens, criação de cargos, empregos e funções, alterações de estruturas de carreiras, aumentos de remuneração,

bem como admissões ou contratações de pessoal a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, observadas as demais normas aplicáveis.

Parágrafo único. Os recursos necessários ao atendimento do disposto no *caput* deste artigo, caso as dotações da Lei Orçamentária sejam insuficientes, serão objeto de crédito adicional a ser criado no exercício de 2017, observado o disposto **no art. 17 da Lei Complementar Federal nº 101, de 4 de maio de 2000.**

16. Como se vê, as duas únicas exigências do art. 63 da LDO cearense é (i) a existência de dotação orçamentária na Lei Orçamentária Anual, que caso insuficiente deverá ser objeto de suplementação, e que (ii) se observe o regime encartado no art. 17, da LC 101/2000. Este último versa sobre as despesas obrigatórias de caráter continuado – despesas correntes derivadas de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o Estado do Ceará uma obrigação legal de execução por prazo superior a dois exercícios financeiros.

17. Aqui se faz necessário distinguir a **criação da despesa da execução da despesa**. O art. 63, parágrafo único, da LDO, possui duplo destinatário. Para o Poder Legislativo, o ato normativo primário que cria a despesa deve observar as duas exigências. Para o Administrador Público, que executa a despesa pública, é fundamental observar, ordinariamente, o primeiro requisito, sob pena de realizar despesa que exceda os créditos orçamentários (art. 167, inc. II, CF/88); apenas extraordinariamente o art. 17 da LRF será igualmente aplicável a quem executa a despesa, no caso de a execução consubstanciar, por vias transversas, aumento de despesa.

18. No caso vertente, temos em questão a nomeação de candidatos aprovados em concurso público, para os cargos Analista de Controle Externo e de Técnico de Controle Externo, cujas carreiras integram o Quadro IV do Tribunal de Contas, e que fora deflagrado pelo Edital 01/2015. Os autos não contêm instrução de

modo a particularizar a origem das vagas; de toda sorte, o Edital 01/2015 anuncia que as vagas em questão teriam sido criadas pela Lei Estadual 15.636/2014. Evidentemente, no Quadro IV do Tribunal de Contas podem ter surgido vacâncias em decorrência de aposentadoria ou exoneração. Seja como for, é inquestionável que **não** representa **criação** de despesa pública nem a nomeação de servidor aprovado em concurso público em vaga aberta por aposentadoria, nem a nomeação em cargos criados em período imediatamente anterior à deflagração do concurso (como os 32 cargos de Analista de Controle Externo, criados pela Lei Estadual 15.636/2014).

19. Exatamente por isso o **C. Superior Tribunal de Justiça** entende que a vedação de nomeação de servidor público no período defeso dos últimos 180 dias de mandato (art. 21, parágrafo único, LRF) ou nos 3 meses que antecedem as eleições (art. 73, inc. V, Lei 9.504/97) não pode ser aplicada para nomeação em provimento efetivo oriundo de concurso público. Entendeu como mais adequado adotar como critério a data de homologação do certame: este sim deve ocorrer anteriormente aos prazos acima expostos. Senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ANULAÇÃO DA NOMEAÇÃO E POSSE DE SERVIDORA PÚBLICA. NECESSIDADE DA AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. PRECEDENTES. EFEITOS RETROATIVOS. NECESSIDADE. PRECEDENTES.

1. A exegese do art. 21, parágrafo único, da Lei Complementar n.º 101/00 c.c. o art. 73, inciso V, alínea c, da Lei n.º 9.504/97, conduz à conclusão de que, embora exista vedação quanto à nomeação de servidores públicos nos 03 (três) meses que antecedem o pleito eleitoral e até a posse dos eleitos, esta não incide sobre os concurso públicos que, tal como ocorre na hipótese dos autos, foram homologados até o início do citado prazo.

2. Conforme a jurisprudência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal de Justiça, é vedada a

exoneração de servidor público em razão de anulação de concurso, sem a observância do devido processo legal.

3. A egrégia Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do MS n.º 12.397/DF, da relatoria do i. Min. Arnaldo Esteves Lima, firmou a orientação no sentido de que “(...) na hipótese em que servidor público deixa de auferir seus vencimentos, parcial ou integralmente, por ato ilegal ou abusivo da autoridade impetrada, os efeitos patrimoniais da concessão da ordem em mandado de segurança devem retroagir à data da prática do ato impugnado, violador de direito líquido e certo.”

4. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e provido.

(RMS 31.312/AM, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 22/11/2011, DJe de 01/12/2011)

20. O entendimento é inexcedível porque a nomeação de servidor público em tais cargos não consiste em evento novo do ponto de vista orçamentário. Primeiro, porque tal despesa já está autorizada na LDO pertinente (art. 63). Segundo, porque para fins da observância dos requisitos de criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa, o momento a ser investigado é o da **criação da despesa de caráter continuado**, que se dá por meio de lei, medida provisória ou ato normativo abstrato (art. 17, LRF), mas não por meio de uma nomeação. Neste último momento, a cautela que deve ser observada diz com a existência de “dotação específica e suficiente ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício” (art. 16, inc. I, LRF).

21. Sobreleva notar que o **Tribunal de Contas da União** já teve a oportunidade de se manifestar em questão em tudo equivalente àquela enfrentada neste ponto. Oportunidade em que se deliberou pela inaplicabilidade da limitação do art. 21, parágrafo único, da LRF. Prevaleceu uma interpretação teleológica da regra. Ora,

se o fim da LC 101/2000 é instituir um regime de gestão fiscal responsável, não pode ser tido por irresponsável o provimento de cargos criados por Lei Ordinária – e não por ato do próprio TCU –, momento em que as cautelas dos arts. 15 e 16 da LRF devem ser observadas. Transcreve-se a parte dispositiva:

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam da realização de concurso público para o provimento de cargo de Analista de Controle Externo, regulado pelo Edital nº 2/2008, e sua adequação ao disposto no parágrafo único do artigo 21 da Lei Complementar nº 101/2000 - LRF,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, com fundamento nos arts. 1º, inciso XIV, e 3º, da Lei nº 8.443/1992, c/c art. 16, inciso II, do Regimento Interno/TCU, em :

9.1. considerar inaplicável a vedação constante do parágrafo único do art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal ao concurso para o provimento de cargo de analista de controle externo, regulado pelo Edital nº 2/2008, no caso de eventual nomeação e posse dos aprovados no segundo semestre de 2008, tendo em vista a conformidade do certame ao disposto na Constituição Federal; nos arts. 15 e 16 da mencionada Lei Fiscal; na Lei de Diretrizes Orçamentárias; na Lei Orçamentária Anual, e o atendimento aos princípios da proporcionalidade e da continuidade administrativa;

9.2. arquivar os presentes autos.

(Tribunal de Contas da União, Acórdão 1.106/2008 – Plenário, Relator Min. Augusto Nardes, Ata 22/2008, Sessão de 11/06/2008)

22. Como se vê, o TCU também compartilhou do pressuposto de que algumas exigências postas na LRF devem ser observadas quando da criação *stricto sensu* da despesa pública. Com efeito, quanto a exigências como compensação dos efeitos econômicos por incremento de receita, seu endereçamento é o Poder do Estado que cria a despesa. Nesse sentido, a Comissão de Finanças e Tributação

da Câmara dos Deputados prolatou a Súmula 01, que dispõe que “É incompatível e inadequada proposição, inclusive em caráter autorizativo, que conflite com as normas da Lei de Responsabilidade Fiscal e deixe de apresentar estimativa de seu impacto orçamentário e financeiro, bem como a respectiva compensação”.

23. De outra banda, no que pertine à estimativa de impacto financeiro e orçamentário, esta deve ser realizada pelo setor competente deste Tribunal de Contas, uma vez que a manutenção dos níveis de endividamento com despesa de pessoal em relação à Receita Corrente Líquida (art. 20, inc. II, “a”, LRF) é indisponível, autorizando até mesmo o desligamento de servidor público estável (art. 169, §4º, CF/88). Portanto, em face da constante mutabilidade quantitativa do parâmetro eleito pela LRF, revela-se premente a declaração, por demonstração documental, que a despesa ordenada se mostra **adequada** com a lei orçamentária anual: que a despesa é objeto de dotação **específica** e **suficiente**, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que **somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar**, previstas no programa de trabalho, **não sejam ultrapassados os limites** estabelecidos para o exercício (art. 16, inc. II, e §1º, LC 101/2000). Em soma, fundamental a estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício corrente (2017) e nos dois subsequentes (art. 16, inc. I, LC 101/2000).

24. As razões encampadas no **Acórdão 1.106/2008 – Plenário, do TCU**, encontram-se ainda mais atuais em razão de o E. **Supremo Tribunal Federal** ter prestigiado a força normativa do princípio do concurso público no **RE 598.099/MS** (Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje 189, de 30/09/2011), quando asseverou que:

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 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.

25. Esse direito é deferido, inclusive, a candidatos que, mesmo não se colocando inicialmente dentro do número de aprovados, posteriormente nesse universo adentram em razão de vacâncias derivadas de, por exemplo, desistências (STF: RE 581.113/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe de 31/5/2011. STJ: RMS 37.882/AC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 18/12/2012, DJe de 14/02/2013; MS 18.570/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Seção, DJe de 29/05/2012; RMS 32105/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe de 30/08/2010).

26. Dessarte, esse direito *prima facie* à nomeação (art. 37, inc. II e IV, CF/88) só excepcionalmente poderá ser relativizado, mediante ato devidamente motivado e com pressuposto de fato em situação superveniente, imprevisível, grave e necessária (RE 598.099/MS (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 189, de 30/09/2011). Entre elas figura o atingimento do limite prudencial com despesa de pessoal (art. 22, parágrafo único, LRF), afinal, entre suas consequências está aquela que proíbe o provimento de cargo público enquanto o montante da dívida não for reconduzido à normalidade. Assim o C. Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO A SER NOMEADO. RECUSA MOTIVADA DA ADMINISTRAÇÃO. LIMITE PRUDENCIAL. ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 101/2000.

1. O ora recorrente ficou colocado em 45º lugar

no concurso público para provimento do cargo de Motorista II do Município de Nossa Senhora do Socorro que tinha 60 vagas, ou seja, foi aprovado em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital.

2. Esta Corte Superior adota entendimento segundo o qual a regular aprovação em concurso público em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital confere ao candidato direito subjetivo à nomeação e posse dentro do período de validade do certame.

3. **A exceção a esta regra só poderá ocorrer se houver sido alcançado o limite prudencial de dispêndios com folha de pessoal, assim declarado este fato pelos órgãos de controle interno e externo respectivos da Administração, tudo em razão do que dispõe o art. 22, parágrafo único, inciso IV, da Lei Complementar nº 101/2000.**

4. No presente caso, a partir dos documentos dos autos, da leitura do parecer do Ministério Público Estadual e do acórdão recorrido, ficou comprovado que o montante despendido com pessoal impossibilita o Município de contratar novos servidores.

5. Recurso ordinário não provido.

(RMS 36.742/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, Publicação em 05/12/2012).

27. Por derradeiro, é importante contextualizar que os Concursos Públicos para o provimento dos Cargos de Analista de Controle Externo e Técnico de Controle Externo foram homologados conjuntamente pelo Ato da Presidência nº. 06/2016, datado do dia 07 de janeiro de 2016 e publicado no dia 11 de janeiro de 2016 (Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, Ano 3, Número 4). Além disso, o Senhor Conselheiro Edilberto Carlos Pontes Lima foi empossado como Presidente desta Corte de Contas na Sessão Extraordinária de segunda-feira, 11 de janeiro de 2016⁶. Por sua vez, o Edital nº. 26/2016 de Prorrogação

6 Publicado em 21 de dezembro de 2016, no Diário Oficial Eletrônico, Ano 3, Número 235.

de Prazo de Concurso Público⁷ estendeu, por mais 01 (um) ano, a partir de 11 de janeiro de 2017, o prazo de validade dos Concursos Públicos para provimento de cargos de Analista de Controle Externo e Técnico de Controle Externo.

28. A análise de tais questões temporais desvela que, ainda que se quisesse, não seria possível a nomeação dos aprovados no versado Concurso Público por Presidente eleito e empossado para o biênio 2018/2019; dado que o prazo de validade do concurso expira já no dia 10 de janeiro de 2017, ao passo que, convencionalmente, o Presidente eleito para o biênio seguinte somente é empossado em Sessão Extraordinária posterior ao recesso de final de ano.

29. Ante todo o exposto, no que condiz com o primeiro objeto de questionamento, posicionamos no sentido de que a proibição do art. 21, parágrafo único, da LRF, não proscreve a nomeação de candidatos aprovados em concurso público, desde que:

- (i) a despesa pública decorrente de tais nomeações seja suficiente abrangida por dotação orçamentária, constante na LOA ou em crédito suplementar (art. 63, parágrafo único, LDO);
- (ii) para que não se configure aumento de despesa, as nomeações cingem-se aos aprovados dentro do número de vagas, neste número computando-se as desistências, obviamente;
- (iii) antes da nomeação, é premente que os autos sejam encaminhados à Secretaria de Administração, para que seja lavrado atesto orçamentário e, após, ao Controle Interno, para que seja acostado estudo com o impacto orçamentário das nomeações no presente exercício e nos dois seguintes.

⁷ Ata nº. 001, publicada em 29 de janeiro de 2016, no Diário Oficial Eletrônico, Ano 3, Número 17.

II.2. Progressões/promoções funcionais dos servidores públicos do Quadro IV do Tribunal de Contas do Estado.

30. No Parecer 1172/2017 (Processo 04487/2017-8), posicionamo-nos quanto à questão. Em absoluta consonância com a Constituição Federal e com a LRF, a Resolução Administrativa 05/2013 deste Tribunal de Contas estatui os requisitos para a progressão funcional e as promoções dos servidores em efetivo exercício de cargo/função no Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Entre eles, a adequação orçamentário-financeira da progressão/promoção:

Art. 2º Para implementação da progressão funcional e das promoções **serão rigorosamente respeitados os limites de despesa com pessoal determinados na Lei de Responsabilidade Fiscal, em especial nos arts. 19 e 20.**

Parágrafo único. **Caso as despesas de pessoal ultrapassem os referidos limites, nos respectivos exercícios, não será realizada mudança de nível dos servidores, por força do art. 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal.**

31. Quando da data da confecção do referido opinativo (29 de agosto de 2017), o orçamento do Tribunal de Contas estava deficitário em razão da incorporação das despesas originárias do extinto Tribunal de Contas dos Municípios (art. 8º, EC 92/2017 e arts. 1º e 2º, ambos do Decreto Estadual 32.312/2017). Considerando essa circunstância de fato, não se pôde olvidar que a concessão de progressão funcional e promoção dos servidores se insere, indubitavelmente, no terreno da **despesa com pessoal** (art. 18, LC 101/2000), o que atrai a normatividade do **§ 1º, do art. 169**, da CF/1988, que condiciona a concessão de **qualquer vantagem ou aumento de remuneração à prévia dotação orçamentária**:

“Art. 169 (...)

§ 1º A **concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração**, a criação de cargos, empregos e funções ou **alteração de estrutura de carreiras**,

bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver **prévia dotação orçamentária** suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver **autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias**, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.”

32. Ocorre que não basta a **existência de prévia dotação orçamentária**; além de existente e prévia, ela deve ser **suficiente** para atender às PROJEÇÕES DE DESPESA DE PESSOAL E AOS ACRÉSCIMOS DELA DECORRENTES. Harmonicamente, o art. 16, §1º, inc. I, da LRF, reputa **adequada** uma despesa pública quando a mesma esteja albergada por crédito genérico, de “de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício”. Daí foi preconizado um sobrestamento do processo de progressão funcional até que o requisito de adequação orçamentária se faça presente.

33. Assim, o primeiro requisito a ser observado é o da adequação orçamentária.

34. No que toca às progressões dos servidores oriundos do extinto Tribunal de Contas dos Municípios, o tratamento é distinto, porquanto o ato administrativo que as implementou (Portaria 204/2017, de 1º de agosto de 2017), era informado por nulidades de pleno direito (art. 21, LRF), já elencadas no Parecer 1186/2017 (Processo 04586/2017-0) e que dispensam repetição. A medida foi tomada em caráter cautelar, de modo que ainda pende pronunciamento definitivo – os autos não mais retornaram à Presidência. Em contato com a Secretaria de Administração, este parecerista já recomendou que o processo de progressão fosse refeito (desta vez, formalizado em processo administrativo).

35. No que atinente ao ponto de a progressão ser implementada nos últimos 180 dias do mandado de S. Exa. o Presidente do Tribunal de Contas, tal circunstância não se coloca como aumento de despesa com pessoal para os fins da proibição legal (art. 21, LRF).

36. É certo que o assunto ainda depende de sistematização maior, tanto mais porque ausente, no ordenamento pátrio, órgãos de superposição na seara do Sistema de Controle Externo nacional, o que prejudica a uniformidade. De toda forma, se o objetivo almejado pelo art. 21, parágrafo único, da LRF, é combater os efeitos financeiros dos “testamentos políticos”, é coerente entender, como o faz o **Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, que o termo a ser considerado para aumento de despesa oriundo de ato normativo primário – como é o caso em questão – é a data da publicação da lei:**

Na hipótese do aumento da despesa com pessoal ser decorrente de lei, o ato a ser considerado para efeito da aplicação do artigo 21, Parágrafo Único da LRF é a sua publicação
(TCE/PE. Pleno. Decisão T.C. nº 1054/10. Consulta nº 0803771-1. Rel. Cons. Teresa Duere)

37. Na mesma linha o **Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**, que no célebre Parecer nº 51/2001, de Relatoria da Cons. Subst. Rosane Schmitt, aventou que a concessão de aumentos salariais previstos em norma legal editada anteriormente ao período de vedação, com repercussão, nele, não se insere no campo de vedação do art. 21, parágrafo único, LRF (TCE/RS, Processos nºs 5.010-02.00/01-6 e 4.971-02.00/01-6).

38. Não poderia ser diferente. Não inviabiliza a gestão vindoura, procedendo de modo fiscalmente irresponsável, agente público que cumpre Plano de Cargo e Carreira quando a determinação legal antecede o período em análise.

39. O Poder Judiciário também tem assim entendido,

valorizando a data de publicação da lei em conjunto com a data do ato administrativo que executa a despesa, para assim, com esteio em um feixe convergente de indícios, pronunciar a drástica medida do art. 21, parágrafo único, da LRF. Vejamos o exemplo do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS EXCEDENTES. PERÍODO VEDADO PELO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 21 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. IRREGULARIDADE DEMONSTRADA. NULIDADE DOS ATOS DE NOMEAÇÃO. PODER DE AUTOTUTELA. PERTINÊNCIA. DECRETO MUNICIPAL DEVIDAMENTE MOTIVADO. PROVIMENTO.

I - Havendo fortes indícios de irregularidades na nomeação e posse de candidatos excedentes referentes a concurso público, nos últimos dias da gestão do ex-prefeito, **amparadas em lei municipal aprovada e sancionada sem a elaboração de estudo prévio sobre o impacto orçamentário municipal e em período proibitivo da Lei de Responsabilidade Fiscal**, flagrante é a afronta aos princípios constitucionais da legalidade e moralidade administrativas.

II - Tendo em vista o poder de autotutela da administração, é correta a anulação dos atos de nomeação – nulos de pleno direito – através de decreto municipal devidamente motivado e tendo por base o controle de despesas com pessoal e as limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

(TJ/MA, Apelação 0555122013-MA, Processo nº 0000038-77.2013.8.10.0074, Rel. Des. Cleones Carvalho Cunha, 3ª Câmara Cível, Julgamento em 18/12/2014, Publicação em 31/03/2015)

40. Ante o exposto, forçoso concluir que as progressões/promoções funcionais previstas no Plano de Cargos e Carreiras do Quadro IV deste Tribunal, podem **irradiar seus efeitos financeiros** – caso exista dotação orçamentária para tanto – eis que se trata de direito incorporado ao patrimônio jurídico dos servidores; progressão e promoções que foram **criadas** por lei ordinária bem anterior a

junho de 2017, e não pelo ato do Presidente que as declaram.

III

Por todo o exposto, o parecer é no sentido de que:

1. A proibição do art. 21, parágrafo único, da LRF, não proscreve a nomeação de candidatos aprovados em concurso público, desde que:

(i) a despesa pública decorrente de tais nomeações seja suficientemente abrangida por dotação orçamentária, constante na LOA ou em crédito suplementar (art. 63, parágrafo único, LDO);

(ii) para que não se configure aumento de despesa, as nomeações cingem-se aos aprovados dentro do número de vagas, neste número computando-se as desistências;

(iii) antes da nomeação, é premente que os autos sejam encaminhados à Secretaria de Administração, para que seja lavrado atesto orçamentário e, após, ao Controle Interno, para que seja acostado estudo com o impacto orçamentário das nomeações no presente exercício e nos dois seguintes.

2. As progressões/promoções funcionais previstas no Plano de Cargos e Carreiras do Quadro IV deste Tribunal, podem irradiar seus efeitos financeiros caso exista dotação orçamentária para tanto, eis que se trata de direito incorporado ao patrimônio jurídico dos servidores; progressão e promoções que foram criadas por lei ordinária bem anterior a junho de 2017, e não pelo ato do Presidente que tão somente declara o direito, para efeito da proibição

de aumento de despesa nos 180 (cento e oitenta) dias finais de mandato (art. 21, parágrafo único, LRF).

É o que nos parece, salvo melhor juízo.
À elevada consideração superior.

Fortaleza, de agosto de 2017.

Paulo Sávio N. Peixoto Maia

Procurador-Geral

Procuradoria Jurídica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará