



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PARECER Nº 16.519/15.

GAE. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 22. LIMITE PRUDENCIAL. QUESTIONAMENTOS. REAJUSTE POR NEGOCIAÇÃO COLETIVA AOS EMPREGADOS DAS FUNDAÇÕES DE DIREITO PRIVADO. CONCESSÃO DE PROMOÇÃO AOS SERVIDORES ESTATUTÁRIOS E CELETISTAS. CONCESSÃO DE GRATIFICAÇÃO DE PERMANÊNCIA. RETORNO À CARGA HORÁRIA DE 40 HORAS SEMANAIS DE EMPREGADO CELETISTA QUE HAVIA SOLICITADO A REDUÇÃO. CRIAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES. REESTRUTURAÇÃO DE CARREIRAS. NOMEAÇÃO E ADMISSÃO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL. PROVIMENTO DE CARGO EM COMISSÃO. DESIGNAÇÃO PARA FUNÇÃO GRATIFICADA. CONTRATAÇÃO DE HORAS EXTRAS.

Trata-se de expediente administrativo em que o Grupo de Assessoramento Estadual para Política de Pessoal - GAE formula questionamentos em razão de que, de acordo com o Relatório de Gestão Fiscal publicado no Diário Oficial de 29 de maio de 2015, relativo ao primeiro quadrimestre de 2015, o Poder Executivo teria extrapolado o limite prudencial para despesa com pessoal estabelecido no artigo 22 da Lei Complementar nº 101/2000, ou seja, teria ultrapassado a 46,55%.

Com o aval do Coordenador do GAE e Secretário de Estado da Fazenda, é o expediente encaminhado a esta PGE, onde, com pedido de urgência, é a mim distribuído.

É o breve relatório.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Na Informação nº 112/2015 - SE/GAE, são formulados questionamentos em razão do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 101/2000, cujo teor é o que segue:

Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.

Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:

I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;

II - criação de cargo, emprego ou função;

III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;

V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias.

Cabe assinalar que não consta do expediente nenhum demonstrativo quanto ao atingimento do limite prudencial, sendo que sequer foi juntado aos autos o indigitado Relatório de Gestão Fiscal, em razão do que, para a resposta à consulta, tem-se como premissa serem verdadeiras as afirmações constantes da Informação nº 112/2015- SE/GAE.

Assim, tendo em vista que o Poder Executivo teria ultrapassado o denominado limite prudencial (95% do limite de 49% para despesa com Pessoal do Executivo estadual estabelecido no art. 20, II, c, da Lei de Responsabilidade Fiscal), são realizadas as seguintes perguntas:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

1. É permitido conceder reajustes salariais, por ocasião da data-base das categorias profissionais regidas pela CLT das fundações de direito privado? Caso permitido, pode ser concedido reajustes salariais limitados ao INPC/IBGE do período revisando? Nesta mesma condição, é permitido reajustar os valores das cláusulas sociais de acordo e convenções coletivas de trabalho? Caso permitido, pode ser concedido percentual limitado ao INPC/IBGE do período revisando?

Cumpre, desde logo, esclarecer que, embora o emprego público possua vários vetores constitucionais em comum aos do cargo de provimento efetivo, como se vê do art. 37, incisos I, II, III, IV, V, VIII, XI, XV, XVI e XVII, §§7º e 10 e art. 38, da Constituição Federal, o regime jurídico que regula o empregado público é bastante diverso daquele que norteia o servidor público estatutário.

Como leciona José dos Santos Carvalho Filho,

“O regime trabalhista é aquele constituído das normas que regulam a relação jurídica entre o Estado e seu servidor trabalhista. Como o regime é aquele aplicável genericamente às relações jurídicas entre empregadores e empregados no campo privado, encontra-se ele na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452, de 1º.5.1943).

As características desse regime se antagonizam com as do regime estatutário. Primeiramente, o regime se caracteriza pelo princípio da *unicidade normativa*, porque o conjunto integral das normas reguladoras se encontram em um único diploma legal - a CLT. Significa que, tantas quantas sejam as pessoas federativas que adotem esse regime, todas elas deverão guiar-se pelas regras desse único diploma. Nesse caso, o Estado figura como simples empregador, na mesma posição, por conseguinte, dos empregadores de modo geral.

A outra característica diz respeito à natureza da relação jurídica entre o Estado e o servidor trabalhista. Diversamente do que ocorre no regime estatutário, essa relação jurídica é de natureza contratual. Significa dizer que o Estado e seu servidor trabalhista celebram



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

efetivamente contrato de trabalho nos mesmos moldes adotados para a disciplina das relações gerais entre capital e trabalho” (Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo - 25 ed - São Paulo Atlas, 2012 p 595)

Partindo-se, então, da premissa de ser distinta a natureza da relação jurídica estabelecida entre o empregado das fundações de direito privado instituídas pelo Estado - e que também se submetem às restrições financeiro-orçamentárias (art. 169, §1º, CF) - daquela mantida entre o servidor estatutário e a Administração Pública, é que são respondidas as perguntas formuladas pelo GAE.

Da leitura do inciso I do artigo 22 da Lei Complementar nº 101/2000, extrai-se ser vedado ao Poder que tiver ultrapassado o limite prudencial a concessão de vantagem, aumento, reajuste ou readequação de remuneração a qualquer título, *salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual.*

No que tange, então, aos empregados públicos, há de se ter presente a incidência do disposto no §2º do art. 114 da Constituição Federal:

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente

A redação do citado dispositivo foi conferida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, sendo a expressão “ de comum acordo” objeto das ADIs 3.392, 3.423, 3.432 e 3.520, não havendo, até o momento, pronunciamento do STF. No entanto, a Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região firmou entendimento no sentido de que a expressão “ de comum acordo” contida na redação do §2º do art 114 da Carta da República não se trata de pressuposto processual para o ajuizamento de dissídio coletivo, sendo, então,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

inexigível o consentimento da parte adversa para o ajuizamento da ação, conforme ementa a seguir transcrita:

PRELIMINARMENTE: AJUIZAMENTO DE AÇÃO COLETIVA. NECESSIDADE DE "COMUM ACORDO". A expressão "comum acordo", inserta no § 2º, do art. 114 da Constituição Federal, com a redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, trata-se de mera faculdade das partes em, consensualmente, ajuizarem ação coletiva e não conflita com o direito de ação assegurado nos incisos XXXIV e XXXV, do art. 5º, também da Constituição Federal. Preliminar de extinção do feito, sem resolução do mérito, rejeitada.

MÉRITO: DISSÍDIO COLETIVO ORIGINÁRIO. CLÁUSULA A CLÁUSULA. Em consonância com o teor dos precedentes normativos do C. TST e deste Tribunal, bem como dos entendimentos prevalentes nesta Seção de Dissídios Coletivos, defiro parcialmente as vantagens postuladas na representação, limitadas ao poder normativo desta Justiça Especializada.

(DC 0020332-64.2014.5.04.0000, Seção de Dissídios Coletivos do TRT da 4ª Região, Relatora Desembargadora Flavia Lorena Pacheco, DJe 08/05/2015)

dispõe:

Outrossim, a Lei Federal 10.192/2001 assim

Art. 9º É assegurado aos trabalhadores, na primeira data-base da respectiva categoria após julho de 1995, o pagamento de reajuste relativo à variação acumulada do IPC-r entre a última data-base, anterior a julho de 1995, e junho de 1995, inclusive.

Art. 10. Os salários e as demais condições referentes ao trabalho continuam a ser fixados e revistos, na



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

respectiva data-base anual, por intermédio da livre negociação coletiva.

Art. 11. Frustrada a negociação entre as partes, promovida diretamente ou através de mediador, poderá ser ajuizada a ação de dissídio coletivo.

(...)

Art. 12. No ajuizamento do dissídio coletivo, as partes deverão apresentar, fundamentadamente, suas propostas finais, que serão objeto de conciliação ou deliberação do Tribunal, na sentença normativa.

§ 1º A decisão que puser fim ao dissídio será fundamentada, sob pena de nulidade, deverá traduzir, em seu conjunto, a justa composição do conflito de interesse das partes, e guardar adequação com o interesse da coletividade.

§ 2º A sentença normativa deverá ser publicada no prazo de quinze dias da decisão do Tribunal.

Art. 13. No acordo ou convenção e no dissídio, coletivos, é vedada a estipulação ou fixação de cláusula de reajuste ou correção salarial automática vinculada a índice de preços.

§ 1º Nas revisões salariais na data-base anual, serão deduzidas as antecipações concedidas no período anterior à revisão.

§ 2º Qualquer concessão de aumento salarial a título de produtividade deverá estar amparada em indicadores objetivos.

Nesse diapasão, se não concedido reajuste mediante negociação coletiva, poderá o Sindicato representante dos empregados públicos ajuizar dissídio coletivo, ficando, então, sob a responsabilidade da Justiça do Trabalho a fixação do índice que entender adequado a partir da postulação do suscitante.

Em assim sendo, entendo que o §2º do art. 114 da Constituição Federal e o disposto nos artigos 10 a 13 da Lei Federal 10.192/2001 configuram a ressalva do inciso I do art. 22 da Lei Complementar nº 101/2000 (*salvo os derivados de determinação legal*), ou seja, autorizam a concessão de reajuste salarial e das cláusulas sociais mediante negociação coletiva, de modo a se evitar o ajuizamento de dissídio coletivo e a fixação de índice pela Justiça Laboral.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Outrossim, considerando-se o disposto no artigo 13 da Lei Federal 10.192/2001, não se há falar em estipulação ou fixação de cláusula de reajuste ou correção salarial automática vinculada a índice de preços, de modo que não cabe aqui se fazer qualquer menção ao INPC/IBGE. Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do TST os seguintes precedentes:

RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELO SUCITADO. dissídio coletivo de natureza econômica. reajuste salarial. exercício do poder normativo. Lei nº 10.192/01. concessão de ÍNDICE INFERIOR ao oficial. Nos termos do art. 114, § 2º, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho detém competência normativa para decidir o conflito coletivo, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. Nessa atribuição constitucional se insere a solução de dissídio coletivo em que se discute a concessão de reajuste salarial à categoria profissional, vedada a estipulação ou fixação de cláusula de reajuste ou correção salarial automática vinculada a índice de preços, a teor do art. 13 da Lei nº 10.192/01. O reajuste salarial deferido (11,58%) corresponde ao índice ICV/DIEESE, e deve ser reduzido ao índice de 11,50%, a fim de recompor minimamente o poder aquisitivo dos trabalhadores, sem incorrer na ilegal vinculação a índice de preços. Recurso ordinário conhecido e parcialmente provimento. (RO - 97700-13 2008 5 09 0909 , Relator Ministro Waldir Oliveira da Costa, Data de Julgamento 08/11/2010, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação DEJT 26/11/2010)

REAJUSTE SALARIAL. ÍNDICE NÃO ATRELADO AO OFICIAL. LEI nº 10.192/2001 Tendo o Tribunal Regional concedido o reajuste salarial correspondente ao índice do INPC apurado no período (7,47% - sete vírgula quarenta e sete por cento) e considerando que a vinculação do reajuste salarial a índice de preços é inviável, a teor do art. 13 da Lei 10.192/2001, que veda a indexação de



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

preços e salários. Ajusta-se a condição para, sem incorrer na proibição legal, promover a justa composição do conflito de interesses e a adequação ao interesse da coletividade, nos termos do disposto no art. 12, § 1º, da Lei 10.192/2001. Dessa forma, a concessão de reajuste salarial no percentual de 7% (sete por cento) repõe o poder de compra dos salários e não difere muito do fixado pelas Convenções Coletivas celebradas com os demais sindicatos representativos da categoria econômica correspondente. Recurso Ordinário de que se conhece e a que se dá parcial provimento para reduzir à 7% (sete por cento) o reajuste salarial da categoria" (TST-RODC-802/2004-000-04-00.0, Rel. Min. Brito Pereira, DJ de 30/11/2007).

Todavia, recomendável que, na negociação coletiva, seja considerada a condição financeiro-orçamentária do empregador, inclusive a circunstância de ter atingido o limite prudencial do art. 22 da Lei Complementar nº 101/2000.

2. É permitida a concessão de promoção aos servidores estatutários com periodicidade/mês estabelecida em lei? E para aqueles que a lei não estabelece qualquer prazo/mês para concessão?

Sobre a questão do direito à promoção dos servidores ocupantes de cargo efetivo, cumpre rememorar o Parecer 16.058, da lavra do Procurador do Estado Leandro Augusto Nicola de Sampaio, que consolida o entendimento desta Equipe de Consultoria sobre a matéria:

“Tradicional é a orientação desta Procuradoria-Geral do Estado, que assentou inexistir direito do servidor à promoção. Relativamente ao magistério de forma específica, já disse a Procuradora do Estado Adriana Maria Neumann, em seu Parecer 14364, de 11 de outubro de 2005, chancelado pelo Conselho Superior desta Procuradoria:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

A promoção é forma derivada de provimento dos cargos públicos organizados em carreira, prevista no artigo 31 da Constituição Estadual, e que compreende a movimentação tanto por merecimento quanto por antigüidade. E é tranqüilo na jurisprudência administrativa estadual que, tal como se dá na nomeação, inexistente direito subjetivo à promoção, havendo apenas uma expectativa justificada e condicionada pelo interesse público, como assentado no Parecer nº 10.941/96, de autoria da Procuradora do Estado Sandra Maria Lazzari e aprovado pelo Conselho Superior desta Procuradoria-Geral do Estado:

4. É manso e pacífico, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, o entendimento de que inexistente, para o servidor público, no ordenamento jurídico brasileiro, direito de exigir que a Administração proceda as promoções, salvo quando texto legal, expressamente, proclamar que o servidor tem o direito de exigir a promoção, ou, ainda, se verificado abuso de direito na conduta omissiva da Administração. Também é manso e pacífico, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que normas legais impondo prazo ao administrador, para a prática de atos, cuja iniciativa se abriga no seu juízo de oportunidade e conveniência, padece do vício de

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive letter 'B' with a long, sweeping tail that extends downwards and to the right.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

inconstitucionalidade por impor uma restrição ou uma condição ao exercício da atividade de administração pública. Todavia, considerando o princípio que, ao interpretar as normas, o intérprete deve harmonizá-las com as normas constitucionais, de modo a assegurar a sua eficácia escoimada de quaisquer vestígios do vício de inconstitucionalidade, deve-se compreender as disposições legais que contenham prazos ordinários ao administrador público como meras normas de programação para a atividade administrativa. Isto significa que, o administrador mantém a plenitude do juízo de conveniência e oportunidade na prática dos atos administrativos; no entanto, quando os editar deve atender a programação da norma legal. Portanto, não há de se entender as promoções vinculadas às datas.

Em realidade, os servidores públicos titulares de cargos organizados em carreira possuem interesse legítimo, que a lei lhes reconhece, à promoção. A lei confere-lhes, mesmo, uma particular proteção, que lhes permite impugnar, por via administrativa ou judicial, a validade de promoções feitas com infração dos preceitos legais aplicáveis, porque estas poderiam prejudicar o direito eventual dos servidores. Mas a atribuição de tal faculdade não equivale a reconhecer direito subjetivo à promoção, isto é, um direito pessoal, próprio de determinado

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

servidor, oponível à Administração, para o efeito de exigir seu cumprimento, independentemente da verificação de outros requisitos ou da conveniência e oportunidade da Administração. (...)

E, como explica José Cretella Júnior, tem o poder público a faculdade de alterar o regime jurídico das promoções, deixando de promover, dilatando até indefinidamente o provimento, alterando por lei os requisitos e os processos do provimento, depois de surgida a vaga e, finalmente, até suprimir o cargo de acesso, depois de vago. (Curso de Direito Administrativo, 4- ed. Rio de Janeiro: Forense. 1975. P. 562)

Desse modo, constitui flagrante equívoco considerar as promoções como obrigação legal da Administração, que se perpetua no tempo e que apenas se resolve com a concessão da promoção, em determinada data ou retroativamente. Na verdade, os atos de promoção se abrigam no juízo de conveniência e oportunidade do administrador, observadas as demais normas legais pertinentes, de sorte que a regra do artigo 32 da Lei 6.672/74 não tem a eficácia ordinatória de atos de promoção, devendo ser interpretada apenas e tão somente como norma de programação para a atividade administrativa.

E tal posição vem sendo reiterada nesta Casa.

Em 11 de outubro de 2005, assim a Procuradora do Estado Adriana Maria Neumann, com objetividade, ementou o seu Parecer 14365:

Promoção. Não há direito subjetivo à promoção, mas simples expectativa justificada e condicionada pelo interesse público.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Nada mais me cabe, pois, além de referendar a orientação desta Procuradoria-Geral que, para mim, tenho mesmo como a mais judiciosa e adequada. “

Gize-se que o reiterado entendimento desta Casa está em consonância com a jurisprudência atual e pacificada do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA. PROMOÇÃO ANUAL. LEI ESTADUAL N. 6.672/74. PRETENSÃO DE RETROAÇÃO DE PROMOÇÃO EFETIVADA EM 2011. EFEITOS PATRIMONIAIS PRETÉRITOS. VIA IMPRÓPRIA. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 269 E 271/STF.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança em que se objetiva a concessão de efeitos retroativos à promoção efetivada a servidora do magistério do Estado do Rio Grande do Sul em 2011, incluindo o pagamento de vantagens pretéritas.

2. **Não se verifica, dos comandos emanados da Lei Estadual n.6.672/74, a obrigação de que seja efetivada promoção anual, na medida em que o diploma normativo indica somente a data para o início das promoções dos professores, não existindo, ademais, direito subjetivo à retroatividade almejada.**

3. **A Segunda Turma do STJ firmou compreensão de que "a Lei 6.672/74 estipula os critérios de promoção por antiguidade e por merecimento, fixando, como regra, o interstício mínimo de três anos na respectiva classe para que o servidor concorra à progressão; nesse contexto, os servidores do magistério do Estado do Rio Grande do Sul não têm direito a promoções anuais, cabendo à Administração, observadas as diretrizes legais, concedê-las oportunamente"** (RMS



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

39.938/RS, Rel.Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 12/3/2013).

4. O mandado de segurança não é meio adequado para pleitear a produção de efeitos patrimoniais passados, nos termos das Súmulas 269 e 271 do STF.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RMS 47.646/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 02/06/2015)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. LEI ESTADUAL 6.672/74. PROMOÇÃO DE PROFESSORES. DIREITO A PROMOÇÃO ANUAL. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE RETROAÇÃO, A 2002, DOS EFEITOS DA PROMOÇÃO EFETIVADA, PELA ADMINISTRAÇÃO, EM 2011. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO INVOCADO. EFEITOS PATRIMONIAIS PRETÉRITOS. VIA IMPRÓPRIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 269 E 271/STF. ART. 14, § 4º, DA LEI 12.016/2009. RECURSO IMPROVIDO.

I. Discute-se, no Mandado de Segurança, o direito da impetrante, servidora inativa da carreira do Magistério do Rio Grande do Sul, à promoção anual, considerando-se a disposição do art. 32 da Lei Estadual 6.672/74. Postula-se que o ato de promoção, publicado em 14/09/2011, retroaja, em seus efeitos, a 15/10/2002, com o pagamento das vantagens pertinentes.

II. Do exame da legislação de regência, verifica-se que **inexiste o alegado direito subjetivo à retroatividade da promoção, porquanto o art. 32 da Lei Estadual 6.672/74 limita-se a indicar a data em que as promoções dos professores - uma vez que a Administração decida por bem concedê-las - devem ser realizadas, não havendo qualquer obrigação quanto ao momento da efetivação das promoções, até porque dependem do preenchimento, pelo professor, de determinados requisitos, sendo certo que o art. 31 da referida Lei Estadual 6.672/74 exige o interstício de três anos de efetivo exercício na classe, para a obtenção de nova promoção.**



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

III. Segundo o entendimento firmado pela Segunda Turma do STJ, "a Lei 6.672/74 estipula os critérios de promoção por antiguidade e por merecimento, fixando, como regra, o interstício mínimo de três anos na respectiva classe para que o servidor concorra à progressão; nesse contexto, os servidores do magistério do Estado do Rio Grande do Sul não têm direito a promoções anuais, cabendo à Administração, observadas as diretrizes legais, concedê-las oportunamente" (STJ, RMS 39.938/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/03/2013).

IV. Os documentos carreados aos autos são insuficientes à demonstração do direito líquido e certo do impetrante à pretendida retroação, a 2002, da promoção efetivada em 14/09/2011.

V. Ademais, o mandado de segurança não é a via adequada para a obtenção de efeitos patrimoniais pretéritos à impetração do writ, nos termos do art. 14, § 4º, da Lei 12.016/2009, da Súmula 269/STF, segundo a qual "o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança", bem como da Súmula 271/STF: "Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria". Precedentes.

VI. Recurso Ordinário improvido.

(RMS 45.190/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 03/06/2014)

Cabe ressaltar que, quando os cargos são estruturados em carreira, as legislações que os regem prevêm a progressão vertical, definindo o artigo 35 da Lei Complementar nº 10.098/94 que "*Promoção é a passagem do servidor de um grau para o imediatamente superior, dentro da respectiva categoria funcional*".

Ademais, o artigo 36 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio Grande do Sul dispõe que as promoções de grau a grau obedecerão aos critérios de merecimento e antiguidade, alternadamente, na forma da lei. E as legislações que disciplinam as mais diversas carreiras existentes no serviço público estadual regulamentam a forma por que ocorrem as promoções,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

dispondo sobre o modo de aferição da antiguidade e do merecimento, indicando, algumas, o mês, ou até mesmo a data, que devam preferencialmente acontecer.

Em assim sendo, embora o servidor possua a expectativa de progredir na carreira, para que haja o implemento da promoção, deverá preencher os requisitos previstos na lei que rege sua categoria funcional, cabendo ao Administrador fixar o momento adequado para a concessão da promoção, inclusive tendo em conta a disponibilidade orçamentária para tanto.

Como referido pela Segunda Turma do STJ, no RMS 45.190, cuja ementa está acima transcrita, "*o art. 32 da Lei Estadual 6.672/74 limita-se a indicar a data em que as promoções dos professores - uma vez que a Administração decida por bem concedê-las - devem ser realizadas, não havendo qualquer obrigação quanto ao momento da efetivação das promoções*". Tal interpretação também se aplica às demais leis que indicam mês ou data para a realização das promoções, não possuindo tal referência à periodicidade o condão de vincular o Administrador a realizar o ato de concessão da promoção.

Destarte, embora haja previsão legal de promoção para os ocupantes de cargo público efetivo organizado em carreira, não se trata de direito subjetivo do servidor público, visto não existir cogência quanto ao momento em que o ato administrativo deva ocorrer, mesmo quando haja indicação de mês ou data nas legislações que regulamentam as mais diversas categorias funcionais.

Nesse compasso, tratando-se a promoção de acréscimo remuneratório e não configurando direito subjetivo do servidor, além de não estar o Administrador vinculado ao momento da sua concessão, entendo que se insere no rol das condutas vedadas pelo inciso I do artigo 22 da LC nº 101/2000.

Todavia, excepcionalmente e tão somente para viabilizar a reposição nas áreas de educação, saúde e segurança, de servidor falecido ou aposentado em grau que não seja o inicial da carreira, poder-se-á realizar promoção de servidor efetivo com o fim de não prejudicar a continuidade da prestação de serviço público. Da mesma forma, exclusivamente para possibilitar a nomeação, agora em qualquer área, para recompor o quadro de servidores em razão de exoneração ou demissão ocorrida em grau que não seja o inicial da carreira, poder-se-á, em caráter excepcional, realizar promoção de servidor ocupante de cargo efetivo.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

3. É permitida a concessão de promoção aos servidores celetistas das fundações de direito privado com previsão de quantidade e data estabelecida em lei?

A promoção de empregados celetistas está prevista nos §§ 2º e 3º do art. 461 da CLT, que assim prevê:

Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

(...).

§ 2º - Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antigüidade e merecimento.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antingüidade, dentro de cada categoria profissional.

Embora não tenha sido citado nenhum exemplo na consulta, sabe-se que as leis que instituem Plano de Empregos, Funções e Salários nas fundações de direito privado prevêem as promoções dos empregados permanentes, como se vê da Lei 14.474/2014, referente à Fundação de Atendimento Socioeducativo do Rio Grande do Sul:

Art. 10. Promoção é a movimentação salarial dos empregados de um nível salarial para outro imediatamente superior, respeitados o padrão salarial de cada emprego e a matriz salarial estabelecida no Anexo III desta Lei.

§ 1.º A promoção dar-se-á por antigüidade ou por merecimento de forma alternada.

§ 2.º A promoção por antigüidade é mensurada pelo tempo de permanência do empregado no nível salarial



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

em que estiver posicionado no último dia do mês de dezembro que

antecede ao mês da concessão da promoção.

§ 3.º A promoção por merecimento resulta de um processo de avaliação do empregado em relação a aspectos que dimensionem seu desempenho profissional, aferidos nos termos desta Lei e do Regulamento de Avaliação do Desempenho Funcional dos Empregados do Quadro de Empregos Permanentes.

§ 4.º O interstício mínimo para o empregado concorrer às promoções por antiguidade e por merecimento é de setecentos e trinta dias da última promoção recebida.

§ 5.º O empregado integrante do Quadro de Empregos Permanentes da FASE que se usufruir da licença para tratamento de interesses particulares por período superior a noventa dias, no período de setecentos e trinta dias imediatamente anterior ao mês de concessão de promoções, para fins de concorrer às promoções por antiguidade, terá abatido do tempo de permanência no nível salarial, de que trata o § 4.º deste artigo, o número de dias que permaneceu afastado do exercício das atribuições do emprego.

§ 6.º As promoções por antiguidade ou por merecimento serão concedidas no mês de janeiro de cada ano, devendo abranger 30% (trinta por cento) do quantitativo de empregados de cada emprego integrante do Quadro de Empregos Permanentes no último dia do mês de dezembro que antecede ao mês da concessão de promoções, sendo 15% (quinze por cento) por antiguidade e 15% (quinze por cento) por merecimento.

Art. 11. Para fins de promoção por merecimento, não poderá concorrer o empregado que, considerado o período de setecentos e trinta dias imediatamente anterior ao mês de concessão de promoções, estiver enquadrado em uma das seguintes situações:

I - ter estado afastado por período superior a noventa dias, exceto em razão de acidente de trabalho ou gozo de licença-maternidade, casos em que o afastamento não poderá ser superior a cento e oitenta dias; e

II - estiver cedido para outro órgão público por período superior a noventa dias.





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Art. 12. O processo anual de promoções será conduzido pela Diretoria de Qualificação Profissional e Cidadania – Núcleo de Avaliação de Desempenho, nos termos desta Lei e do Regulamento de Avaliação do Desempenho Funcional dos Empregos do Quadro de Empregos Permanentes.

Art. 13. No ano em que o empregado do Quadro de Empregos Permanentes receber a promoção por antiguidade, ficará automaticamente excluído do processo de promoção por merecimento e vice-versa.

Parágrafo único. O ato que promover indevidamente o empregado integrante do Quadro de Empregos Permanentes será declarado nulo, em benefício daquele a quem por direito cabia a promoção.

Ocorre que, em se tratando de empregado público de entidade de direito privado, há de se ter presente serem outros os princípios norteadores da sua relação jurídica com a instituição, ficando o juízo de discricionariedade do Administrador limitado.

Assim é que, em estando prevista em lei data e percentual de empregados que devam ser promovidos, vincula-se a Administração à realização do ato, sob pena, inclusive, de violação aos artigos 461 e 468 da CLT, mormente em se considerando que não houve qualquer ressalva na lei quanto à não concessão de promoção em virtude de inviabilidade financeiro-orçamentária do empregador. Aliás, supõe-se que, na elaboração de tais leis, tenha sido observado o disposto no §1º do art. 169 da Constituição Federal e nos artigos 16 e 17 da Lei Complementar nº 101/2000, ou seja, que tenha sido estimado o impacto econômico-financeiro que a concessão anual e em determinado percentual teria no orçamento estadual.

Com efeito, embora a consolidada posição desta Casa quanto à inexistência de direito subjetivo do servidor à promoção, sendo norma de programação da atividade administrativa, bem como ficando ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração o momento da sua concessão, as legislações instituidoras de Planos de Empregos, Salários e Funções não seguiram a orientação dos reiterados Pareceres da PGE, tendo sido redigidas de modo a vincular o empregador quanto aos servidores celetistas.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Outrossim, cabe ressaltar que a previsão de promoção se incorpora ao contrato de trabalho do empregado, não lhe podendo mais ser suprimida, em razão do disposto no art. 468 da CLT e no inciso I da Súmula 51 do TST, *in verbis*: "As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento." Entretanto, claro é que a concessão fica condicionada ao efetivo cumprimento, pelo empregado, dos requisitos legais exigidos para a ascensão funcional.

Cumprido, então, trazer à baila os seguintes precedentes do TRT da 4ª Região, condenando estatal gaúcha ao pagamento de promoções aos seus empregados:

CORSAN. PROMOÇÕES POR CLASSE DE ANTIGUIDADE E MERECIMENTO. Resoluções 23/82 e 14/01. A suspensão das promoções e a fixação de índice "zero" frustra o objetivo da promoção assegurada pela norma interna, porquanto implica, na prática, que o próprio quadro de carreira instituído se torne sem propósito e irrelevante. As promoções do autor não podem ficar obstadas por culpa da reclamada. (...)" (TRT da 04ª Região, 8A. TURMA, 0001136-10.2012.5.04.0702 RO, em 08/05/2014, Desembargador Francisco Rossal de Araújo - Relator.).

Promoções. Corsan. Resolução 14/01. Quando a empresa estabelece promoções por norma interna se vincula as suas disposições que, no caso, previam a concessão de promoções a cada dois anos, no mês de outubro. Esta norma aderiu ao contrato de trabalho dos empregados admitidos na sua vigência, não mais podendo ser alterada em prejuízo do trabalhador, mesmo com previsão de limite percentual de empregados que poderão ser promovidos. Assim, o empregado faz jus às promoções postuladas, porquanto preencheu o requisito regulamentar concernente ao tempo de serviço, único disposto na norma citada como pressuposto para aquisição do direito.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

(Recurso Ordinário nº 0020500-78.2013.5.04.0751, TRT 4ª Região, 7ª Turma, Relator Desembargador Manuel Cid Jardon, DEJT em 24/03/2015)

COMPANHIA RIOGRANDENSE DE SANEAMENTO. CORSAN. RESOLUÇÃO 014/2001. PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE. DIFERENÇAS SALARIAIS. DEVIDAS. A concessão de promoções por antiguidade, estabelecida na Resolução 014/2001, está vinculada unicamente ao critério objetivo do tempo de serviço. Demonstrado o preenchimento desta condição e não tendo a ré se desincumbido do seu ônus quanto à prova da alegada indisponibilidade financeira no período, não é concebível obstar o direito do empregado às pretensas diferenças salariais.

(Recurso Ordinário nº 0020262-25.2014.5.04.0751, TRT 4ª Região, 8ª Turma, Rel. Des. João Paulo Lucena, DEJT 04/12/2014)

Nesse compasso, considerando-se que a previsão de concessão anual de promoções, em lei que institui Plano de Empregos, Salários e Funções para as entidades de direito privado da Administração indireta, tem o condão de vincular o empregador e de aderir ao contrato de trabalho, diferentemente do que ocorre com os servidores estatutários, entendo que se insere na ressalva do inciso I do art. 22 da Lei Complementar nº 101/2000, visto se tratar de vantagem a ser concedida por determinação legal e contratual.

4. É permitida a concessão compulsória ao empregado que solicitar o retorno à carga horária contratual, a qualquer tempo?

A respeito da jornada de trabalho dos empregados públicos, esta Equipe de Consultoria já se pronunciou no Parecer 15.153/2009, de autoria da Procuradora do Estado Adriana Maria Neumann, nos seguintes termos:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

“No caso que se examina, ainda que a jornada de trabalho tenha sido reduzida para a generalidade dos servidores para adequação ao anterior horário de expediente administrativo da autarquia, não resta dúvida que a jornada de trabalho normal, fixada em lei (Lei nº 10.286/94 e anteriores), é de 40 horas semanais, e assim, por não pertencer à esfera de disponibilidade das partes, não pode ser alterada contratualmente sem violação aos princípios da legalidade e da moralidade (art. 37, caput, da CF/88) que condicionam o agir do ente público. Conseqüentemente, a determinação de retorno do servidor público à jornada originariamente contratada e legalmente prevista não constitui ato ilícito.

E a orientação administrativa está em perfeita sintonia com a jurisprudência majoritária – não obstante a decisão judicial acostada pelo interessado –, como fartamente evidenciam a Orientação Jurisprudencial 308 da Seção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho e as demais decisões abaixo transcritas:

“ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL nº. 308: JORNADA DE TRABALHO. ALTERAÇÃO. RETORNO À JORNADA INICIALMENTE CONTRATADA. SERVIDOR PÚBLICO. O retorno do servidor público (administração direta, autárquica e fundacional) à jornada inicialmente contratada não se insere nas vedações do art. 468 da CLT, sendo a sua jornada definida em lei e no contrato de trabalho firmado entre as partes.” (DJ 11.08.2003).

E, na Informação 007/12/PP, a mesma autora também concluiu que *“considerando que a redução da carga horária, situação que ora se pretende reverter, deu-se a pedido da própria servidora, bem como analisada a legislação aplicável, que é taxativa ao afirmar que a diminuição da jornada é medida de caráter excepcional, viável o retorno da servidora à sua carga horária original.”*

Nesse passo, estando a carga horária dos empregados públicos, via de regra, fixada em lei, ocorrendo sua redução de maneira excepcional e a pedido do servidor, cabível é o retorno à jornada de trabalho contratada caso assim o queira o interessado.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

5. É permitida a concessão de Gratificação de Permanência em Serviço para servidor que vai recebê-la pela primeira vez? E renovação de Gratificação de Permanência em Serviço é permitida? E, ainda, quando não há aumento de despesa decorrente da concessão de Gratificação de Permanência em Serviço, pois a remuneração do servidor é superior ao teto salarial fixado pela Constituição, neste caso é permitida?

A Gratificação de Permanência em Serviço está prevista no art. 114 da Lei Complementar nº 10.098/94, com a redação dada pela Lei Complementar nº 13.925/2012, nos seguintes termos:

Art. 114 Ao servidor que adquirir direito à aposentadoria voluntária com proventos integrais e cuja permanência no desempenho de suas funções for julgada conveniente e oportuna para o serviço público estadual poderá ser deferida, por ato do Governador, uma gratificação de permanência em serviço de valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) do seu vencimento básico. (Redação dada pela Lei Complementar n.º 13.925/12)

§ 1º Fica assegurado o valor correspondente ao do vencimento básico do Padrão 16 do Quadro Geral dos Funcionários Públicos do Estado, proporcional à carga horária, quando a aplicação do disposto no "caput" deste artigo resultar em um valor de gratificação inferior ao desse vencimento básico. (Redação dada pela Lei Complementar n.º 13.925/12)

§ 2º A gratificação de que trata este artigo tem natureza precária e transitória e não servirá de base de cálculo para nenhuma vantagem, nem será incorporada aos vencimentos ou proventos da inatividade. (Redação dada pela Lei Complementar n.º 13.925/12)

§ 3º A gratificação de que trata este artigo será deferida por um período máximo de dois anos, sendo admitidas renovações por igual período, mediante iniciativa da chefia imediata do servidor, ratificada pelo Titular da Pasta a que estiver vinculado o órgão ou entidade, e juízo de conveniência e oportunidade do



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Governador. (Redação dada pela Lei Complementar n.º 13.925/12)

§ 4º O servidor, a quem for deferida a gratificação de que trata o "caput" deste artigo, poderá ser chamado a prestar serviço em local diverso de sua lotação durante o período da concessão da gratificação de permanência em serviço. (Redação dada pela Lei Complementar n.º 13.925/12)

Gize-se que a Lei Complementar nº 13.925/2012 conferiu redação semelhante também à gratificação de permanência em serviço prevista no art. 95 da LC 13.452/2010, no art. 93 da LC 13.453/2010, no art. 96 da LC 13.451/2010, além de estender a gratificação ao membro do magistério público estadual e ao servidor efetivo de que trata a Lei 5.950/69. Ainda, a gratificação de permanência prevista no art. 58, § 2º, da LC nº 10.990/97, alterado pela LC nº 13.976/2011, também possui redação semelhante à do art. 114 da LC nº 10.098/94. Assim, a referência às disposições do art. 114 da LC nº 10.098/94 se aplica às demais normas que prevêm a gratificação de permanência em serviço.

Da leitura do artigo 114 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis resta evidenciado o caráter remuneratório da gratificação, possuindo natureza precária e transitória, a ser concedida segundo o juízo de conveniência e oportunidade do Governador.

Conforme já assentado no Parecer 15.479/2011, *"não há, todavia, como negar-se à verba, que corresponde a um plus sobre o vencimento básico do servidor, a condição de, enquanto percebida, constituir parcela integrativa do quantum remuneratório."* E, no Parecer 16.402/2014, também se afirmou *"a gratificação de permanência, ao contrário, é um plus remuneratório concedido ao servidor para que, adimplidos os requisitos para a aposentadoria, continue no exercício do cargo."*

Ademais, no Parecer 14.672/2007, ressaltou-se ser *"discricionário o ato que a concede, ou seja, não basta para sua concessão o preenchimento dos requisitos para a aposentadoria integral voluntária. A permanência do servidor sofrerá juízo de oportunidade e conveniência dentro do contexto da Administração que, frise-se, não se restringe ao órgão em que tem exercício o interessado"*.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Nessa senda, tem-se que o servidor que implementou os requisitos para a aposentadoria voluntária não possui direito subjetivo à percepção da gratificação de permanência em serviço, visto que sua concessão depende do interesse da Administração, inserindo-se no âmbito da discricionariedade do Chefe do Poder Executivo, que, conforme juízo de conveniência e oportunidade, poderá ou não deferir a vantagem remuneratória em liça.

Tratando-se, então, de verba de natureza remuneratória, sendo um *“plus vencimental destinado, conforme o interesse administrativo, a incentivar a postergação pelo servidor, de sua aposentadoria”* (Parecer 15.878/2012), sendo de evidente caráter discricionário sua concessão (Parecer 14.672/2007), releva notar a incidência da vedação contida no inciso I do art. 22 da Lei Complementar nº 101/2000, mesmo nas situações de aplicação do teto constitucional. Válido lembrar que o valor do teto remuneratório estadual não está sob o controle do Poder Executivo (art. 37, XI e § 12 da CF, c/c art. 33, §7º, da CE), de maneira que, em sendo elevado o teto, poderá resultar em aumento de despesa a concessão de gratificação de permanência.

Com efeito, tratando-se de acréscimo remuneratório a ser concedido pela Administração segundo seu critério de conveniência e oportunidade, entendo que a concessão de gratificação de permanência em serviço se enquadra dentre as condutas vedadas ao Chefe do Poder Executivo.

No que tange à renovação da concessão de gratificação de permanência, segundo o juízo de conveniência e oportunidade do Governador, entendo possível desde que não haja aumento do gasto com pessoal.

6. Existe alguma situação em que seja permitida a criação de cargo, emprego ou função?

Poder-se-ia argumentar que a mera criação - por lei, evidentemente - de cargo, emprego e função não gera aumento de despesa, visto ser o seu provimento que ocasiona. No entanto, evidente que, quando se encaminha projeto de lei visando à criação de cargos é por que se entendeu que há necessidade de seu provimento, devendo-se, para tanto, fazer a projeção do impacto que o provimento do cargo a ser criado terá no orçamento, como prevê o art. 16 da Lei Complementar nº 101/2000:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Art. 16.A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa 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;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§ 2º A estimativa de que trata o inciso I do *caput* será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

Ao comentar o referido artigo legal, Carlos Valder do Nascimento, assim se manifesta:

“Outra hipótese diz respeito a cargos, função ou emprego, neles incluindo os de direção e assessoramento, suspensão e as funções gratificadas, que podem ser criados em face da implementação de ação governamental. Nesses casos, configura, em decorrência, inclusive, de remanejamento, aumento de despesa na forma como preconizado por este dispositivo sob comento.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Por outro lado, para a implementação das DASs e FGs é necessário reserva orçamentária com previsão de recursos financeiros destinados a bancar os custos de sua operacionalização. Mesmo assim, impõe a declaração do ordenador de despesa da existência de recursos na Lei Orçamentária e se atende aos limites estabelecidos nas propostas orçamentárias subsequentes." (Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal/ organizadores Ives Gandra da Silva Martins, Carlos Vander do Nascimento - 5ª ed - São Paulo: Saraiva, 2011. p. 166)

Ainda, não se pode perder de vista o comando constitucional relativo à despesa com pessoal, insculpido no art. 169, §1º, incisos I e II, com a redação dada pela EC nº 19/98:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 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: (Renumerado do parágrafo único, pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)**

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

A toda a evidência, ao se criarem cargos, empregos e funções, deve-se fazer a estimativa do impacto orçamentário-financeiro que o seu provimento acarretará no total de despesa com pessoal, como, aliás, dispõe o art. 17 da LC nº 101/2000:

Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

§ 1º Os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o *caput* deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio.

§ 2º Para efeito do atendimento do § 1º, o ato será acompanhado de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.

§ 3º Para efeito do § 2º, considera-se aumento permanente de receita o proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 4º A comprovação referida no § 2º, apresentada pelo proponente, conterá as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, sem prejuízo do exame de compatibilidade da despesa com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.

§ 5º A despesa de que trata este artigo não será executada antes da implementação das medidas referidas no § 2º, as quais integrarão o instrumento que a criar ou aumentar.

§ 6º O disposto no § 1º não se aplica às despesas destinadas ao serviço da dívida nem ao reajustamento de remuneração de pessoal de que trata o inciso X do art. 37 da Constituição.

§ 7º Considera-se aumento de despesa a prorrogação daquela criada por prazo determinado.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Todavia, sabe-se que a dinâmica da prestação dos mais variados serviços públicos impõe que se almeje uma atualização dos quadros de pessoal frente às novas necessidades que surgem em virtude da evolução tecnológica e social.

Assim é que cargos que décadas atrás eram indispensáveis em qualquer setor da Administração Pública - como dos datilógrafos - passaram à obsolescência. De outra banda, a era digital, com a massiva utilização de sistemas os mais variados na rede mundial de computadores, faz com que se busquem profissionais que saibam lidar com o meio tecnológico que se tornou indispensável para a consecução das atividades-fins da Administração.

Ademais, na hipótese de se perseguir uma maior profissionalização do quadro funcional, poder-se-ia, por exemplo, intentar a redução do número de cargos comissionados.

Sob tal perspectiva, ante a premência de modernização da máquina administrativa, é de se considerar que a extinção de cargos (inclusive os de confiança), empregos e funções que estejam vagos ou venham a vagar podem possibilitar eventual criação de cargos, empregos e funções sem que haja aumento do gasto de pessoal, em razão de que a extinção pode compensar a criação, em especial, se uma ação estiver condicionada à outra, o que atenderia, inclusive, ao disposto na parte final do §2º do art. 17 da Lei Complementar nº 101/2000.

Nesse diapasão, considerando-se a falta de precisão do questionamento, pode-se dizer que, em tese, há como admitir a licitude da criação de cargos, empregos e funções que visem à modernização e profissionalização do quadro de servidores, condicionada, entretanto, à extinção de outros cargos, empregos e funções, de modo a que não haja aumento de despesa com pessoal. Todavia, o provimento ficará condicionado às circunstâncias explicitadas em tópico abaixo em que se examina o inciso IV do parágrafo único do art. 22 da LC nº 101/2000.

7. É vedado o encaminhamento à Assembleia Legislativa de projeto de lei que disponha sobre reestruturação de carreira de servidores, mesmo que não acarrete aumento imediato de despesa de pessoal?



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Como referido alhures, impõe o §1º do art. 169 da Carta da República que a criação de cargos somente poderá ocorrer se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes e se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias.

Partindo-se, então, do pressuposto de que, quando da edição da lei que criou determinada carreira, observaram-se as normas de responsabilidade fiscal atinentes à despesa com pessoal, impostas no §1º do art. 169 e nos artigos 16 e 17 da Lei Complementar nº 101/2000, cabível é a reestruturação da referida carreira desde que se enquadre no impacto financeiro inicialmente previsto, vale dizer, condicionada à manutenção do equilíbrio orçamentário.

Cumprе enfatizar, em consonância com o disposto no inciso III do parágrafo único do art. 22 da LRF, que eventual reestruturação de carreira deverá manter o equilíbrio financeiro-orçamentário atual e futuro, ou, ao menos, por mais dois anos (art. 17 da LC nº 101/2000).

8. Em que situações, além da reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança, são permitidas nomeações de concursados estatutários? Exemplos de situações prováveis: provimento de cargo público para qualquer área visando repor servidores exonerados ou demitidos, ou substituir contratos emergenciais (artigo 19, inciso IV, da Constituição Estadual), ou substituir contratos temporários, entre outras factíveis. Caso seja possível efetuar tais reposições, qual o período de vacância a ser considerado para tanto?

9. No caso de concurso público com prazo de validade vencendo e que não foram providos todos os cargos para os quais o concurso foi aberto, é possível não nomear com base na vedação da LRF?

10. Em que situações, além da ressalva do inciso IV, são permitidas contratações de concursados celetistas? Exemplos de situações prováveis: admissão de empregado para qualquer fundação de direito privado visando repor empregados exonerados ou demitidos, ou substituir contratos emergenciais (artigo 19, inciso IV, da Constituição Estadual), ou substituir contratos temporários, entre outras possíveis de ocorrer. Caso seja permitido efetuar tais reposições, qual o período de vacância a ser considerado para tanto?

11. Há vedação para novas contratações emergenciais (artigo 19, inciso IV, da Constituição Estadual), tanto para órgãos



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

da Administração Direta, quanto para as entidades da Administração Indireta (Autarquias e Fundações)?

12. É permitido substituir contratos emergenciais no caso de desistência ou de dispensa, dentro do prazo da contratação emergencial, quando há previsão legal para tanto?

13. É possível prorrogar as contratações emergenciais (artigo 19, inciso IV, da Constituição Estadual), tanto para órgãos da Administração Direta, quanto para entidades da Administração Indireta (Autarquias e Fundações)? E no caso de haver candidatos aprovados em concurso público realizado para substituir contratações emergenciais, considerando que nesta situação não é possível prorrogá-las, é permitido realizar a substituição e dar provimento a cargos públicos?

Em outro momento em que o Poder Executivo havia também atingido o limite prudencial referido no parágrafo único do artigo 22 da Lei Complementar nº 101/2000, esta Equipe de Consultoria já havia sido instada a se manifestar a respeito da possibilidade de nomeação de servidores.

No Parecer nº 13.786/03, a Procuradora do Estado Karla Luiz Schirmer assim se manifestou:

“Quanto à nomeação de servidores em substituição a outros que se tenham exonerado, não se trata de evento futuro que gere aumento de despesa, como a morte e a aposentadoria (não se olvide que pensões e proventos são considerados despesa com pessoal).

Na realidade, a mera substituição não constitui aumento de despesa vedado pela LRF, uma vez que a remuneração dos servidores é despesa obrigatória de caráter continuado prevista na lei de diretrizes orçamentárias e no orçamento, não se podendo presumir que a lei complementar visasse a diminuir o comprometimento dos gastos com pessoal através de esdrúxulo ingresso de receita proveniente da exoneração a pedido de servidores.

Tampouco seria necessário excepcionar (no art. 22) a substituição de servidores de qualquer área,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

tendo em vista que, como se viu, ali ocorre aumento de despesa que pela lei assim não é considerado, enquanto aqui efetivamente não ocorre criação de nova despesa ou majoração da já existente, consistindo em mera reposição de servidor, enquanto o gasto se mantém como previsto no orçamento e na LDO.

Esse o motivo de excepcionar, somente nas áreas de saúde, educação e segurança, a reposição por morte ou aposentadoria, situações em que não está autorizada a nomeação em qualquer outra área.

Até porque a exoneração a pedido do servidor caracteriza fato estranho à vontade do administrador que, certamente, pudesse optar, manteria aquele já treinado nas atividades próprias do cargo.

(...)

Em conclusão: o objetivo da norma não é inviabilizar o Estado ou impedir a realização das metas que constitucionalmente lhe foram atribuídas, mas obrigar à programação orçamentária com vistas a alcançar o equilíbrio entre os gastos e a efetivação da finalidade pública.

Assim, a LRF não veda a nomeação de servidores em substituição a outros que voluntariamente se tenham exonerado, uma vez que a remuneração dos servidores — despesa obrigatória de caráter continuado — já vem programada na LDO e no orçamento.”

No mesmo sentido é a orientação traçada no Parecer 14034/2004, de autoria da Procuradora do Estado Eliana Soledade Graeff Martins:

“E, considerando a orientação prevista no Parecer nº 13.786/03, de autoria da Procuradora do Estado



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

KARLA LUIZ SCHIRMER, que inclui, entre as possibilidades ressalvadas pela norma legal acima transcrita, a nomeação de servidores para provimento de cargos vagos em razão de exonerações e demissões, quer o consulente saber desde quando podem estar vagos esses cargos.

Tem-se presente que, em regra, a mera reposição de servidores exonerados, demitidos ou dispensados não causa aumento de despesa, desde que as mesmas tenham dotação orçamentária suficiente.

Assim, nada obsta, em princípio, que possam ser preenchidos os cargos e empregos que se encontravam vagos, em decorrência de exonerações, demissões ou dispensas, quando ultrapassado pelo Poder Executivo o limite prudencial, e os que vierem a vagar após aquele momento, desde que não ultrapassado o limite estabelecido pela letra 'c' do inciso II, artigo 20 da Lei Complementar nº 101/2000.

Essa orientação tem em conta o fato de que a Administração nem sempre consegue preencher de imediato os cargos e empregos vagos, já que se submete à exigência constitucional de concurso público ou de seleção pública para efetivar nomeações ou contratações. Tal exigência, inevitavelmente, burocratiza o processo de admissões e acaba por afastar a rapidez desejável na reposição de servidores.

Cumpre-me lembrar, finalmente, que essas nomeações ou admissões são autorizadas em caráter excepcional, sempre vislumbrando a viabilização da atividade estatal na execução dos serviços que devem ser prestados à população sem que haja solução de continuidade na sua prestação, e a imprescindível necessidade, por imposição constitucional, de ser dada continuidade às atividades administrativas que objetivam o interesse público.”

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long tail, located in the bottom right corner of the page.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Ainda, pode-se citar o Parecer PGE 13.828/2003, de autoria do Procurador do Estado Jose Luis Bolzan de Moraes, que segue a linha excepcionadora dos anteriores, tendo o insigne Parecerista feito constar que 'verbis':

“Assim, em face da insuperável necessidade de adequação da legislação infraconstitucional ao Texto Maior, assim como das especificidades próprias às áreas de segurança e educação, ora abrangidas, assim como das circunstâncias fáticas apresentadas, sou de parecer que as contratações pretendidas levar a efeito pela FASERGS, dando cumprimento à ordem constitucional, não se colocam em discrepância com a Lei de Responsabilidade Fiscal, devendo-se ter presente as determinações constitucionais relativas ao acesso aos cargos públicos, da mesma forma que se deve guardar estreita compatibilidade entre as nomeações pretendidas e as necessidades fáticas da FASERGS para o cumprimento de suas atribuições.”

Cumprido ressaltar que os pareceres acima citados responderam a consultas específicas sobre a possibilidade de nomeação ou contratação em determinados órgãos do Estado. Diferentemente, a consulta que ora se responde se refere a nomeações, admissões e contratações em qualquer órgão e entidade do Poder Executivo.

Tendo, então, presente a generalidade das perguntas formuladas, bem como que se dará enfoque ao dever de nomeação quando a Administração realiza concursos públicos, conforme a evolução da jurisprudência, passa-se a examinar os aspectos abordados pelo GAE.

Primeiramente, impõe-se destacar que o Supremo Tribunal Federal, no acórdão do Recurso Extraordinário julgado em sede de Repercussão Geral nº 598099, publicado em 03.10.2011, consolidou o entendimento quanto ao direito à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no Edital:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

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 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



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

todos os cidadãos. III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário. IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público. V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

(RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314 RTJ VOL-00222-01 PP-00521)

E a Primeira Turma do STF entende que a criação de novos cargos durante o prazo de validade do concurso não gera direito subjetivo à nomeação aos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital do certame, exceto se houver arbitrariedades e preterições, conforme ementas a seguir transcritas:

EMENTA: EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRETENSÃO DE CARÁTER INFRINGENTE. EMBARGOS PROVIDOS. A criação de novos cargos, ainda que no prazo de validade do concurso público, não gera direito líquido e certo de nomeação para aqueles aprovados fora do número de vagas do edital, por se tratar de ato



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

discricionário e, portanto, submetido ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração. (...)
(RE 602867 AgR-ED-ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 07/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 04-11-2014 PUBLIC 05-11-2014)

Agravo regimental em agravo de instrumento. Concurso público. **Criação, por lei federal, de novos cargos durante o prazo de validade do certame. Candidato aprovado fora do número de vagas do edital. Preterição não caracterizada. Direito subjetivo à nomeação. Inexistência.(...).** 3. A jurisprudência do STF já firmou o entendimento de que tem direito subjetivo à nomeação o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do concurso público a que se submeteu. Nesses casos, a Administração tem um dever de nomeação, salvo situações excepcionalíssimas plenamente justificadas. Contudo, a criação de novas vagas durante o prazo de validade de concurso não gera, automaticamente, direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas do edital, salvo se comprovados arbítrios ou preterições. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido.

(AI 804705 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 23/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13-11-2014 PUBLIC 14-11-2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOVAS VAGAS CRIADAS POR LEI NA VIGÊNCIA DE CONCURSO VÁLIDO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS DO EDITAL. PRETERIÇÃO NÃO CARACTERIZADA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. NECESSIDADE DO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. (...) 3. A jurisprudência do STF já firmou entendimento no sentido de que tem direito subjetivo à nomeação o candidato aprovado dentro



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

das vagas previstas no edital do concurso público a que se submeteu. Nestes casos, a Administração tem um dever de nomeação, salvo situações excepcionalíssimas plenamente justificadas. Contudo, a criação de novas vagas durante o prazo de validade de concurso não gera, automaticamente, direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas do edital, salvo se comprovados arbítrios ou preterições. Precedentes. (...)5. Agravo regimental DESPROVIDO. (ARE 757978 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-068 DIVULG 04-04-2014 PUBLIC 07-04-2014)

No entanto, cabe assinalar que a existência de direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado fora do número de vagas previsto no edital do concurso, na hipótese de serem criados novos cargos durante o prazo de validade do certame, ainda merecerá uma apreciação definitiva pelo Pretório Excelso quando do julgamento da Repercussão Geral referente ao Tema 784, conforme ementa que se transcreve:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. TEMA 784. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. (RE 837311 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 20/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-236 DIVULG 01-12-2014 PUBLIC 02-12-2014)

No que diz com candidatos aprovados para cadastro reserva, ou seja, sem que haja vagas previstas no edital do certame, o Pretório Excelso tem afirmado existir mera expectativa de direito:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – OPORTUNIDADE Versando a impetração concurso publico, a adequação não prescinde de este último, à data do ajuizamento, estar em vigor **CONCURSO PÚBLICO – NOMEAÇÃO – DIREITO SUBJETIVO** **O direito à nomeação pressupõe previsão de vagas no edital do concurso, não alcançando a feitura de cadastro de candidatos à ocupação do cargo, quando se tem simples expectativa de direito.**

(MS 31708, Relator(a) Min MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 19/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 03-06-2015 PUBLIC 05-06-2015)

Agravo regimental em mandado de segurança 2 Direito Administrativo 3 **Concurso público. Formação de cadastro de reserva. 4. Candidato aprovado em certame para formação de reserva não tem direito subjetivo à nomeação, mas mera expectativa. 5**

Agravo regimental a que se nega provimento (MS 31790 AgR, Relator(a) Min GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 29/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 14-05-2014 PUBLIC 15-05-2014)

Ademais, tem sido reiteradamente reconhecida a preterição quando há contratação emergencial durante o prazo de validade de concurso com candidatos aprovados.

ADMINISTRATIVO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO **CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO. CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS TEMPORÁRIOS. PRETERIÇÃO. DIREITO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE PESSOAL REEXAME DE FATOS E PROVAS SÚMULA 279/STF 1 É pacífico nesta Corte o entendimento de que a contratação de empregados temporários gera, aos aprovados em concurso público, direito subjetivo à nomeação,**



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

desde que comprovada a necessidade de contratação de pessoal. 2. No caso dos autos, tendo a agravada sido aprovada em 2º lugar no concurso, que visava ao provimento de 1 (uma) vaga para o cargo de professor, e considerando que, após a realização de concurso para contratação de professor em caráter temporário, a própria agravada foi contratada, resta evidente o direito líquido e certo da parte à nomeação. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 733030 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 18/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 05-03-2014 PUBLIC 06-03-2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. 1. **CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS: DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. 2. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRETERIÇÃO DE CANDIDATO. BURLA AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO.** AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. **O candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no Edital de concurso público tem direito subjetivo à nomeação durante o prazo de validade do concurso. Tema cuja repercussão geral foi reconhecida. Precedente. 2. A contratação temporária de pessoal, no período de validade do concurso público, configura preterição do candidato aprovado e intolerável burla ao princípio do concurso público.**

(ARE 816455 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 15-08-2014 PUBLIC 18-08-2014)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. **EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. PRECEDENTES. PRETERIÇÃO CONFIGURADA.**





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

SÚMULA 279/STF. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público devem se submeter à regra do concurso público para o provimento de seus cargos. Precedentes. **O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a contratação de temporários para o exercício de atribuições próprias do cargo efetivo, durante a vigência de concurso público com candidatos aprovados, configura preterição e gera a estes direito subjetivo à nomeação. (...)**

(RE 790977 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 13-10-2014 PUBLIC 14-10-2014)

colhe-se:

Dos precedentes do Supremo Tribunal Federal,

- a. A aprovação dentro do número de vagas previsto no edital do concurso público gera ao candidato o direito subjetivo à nomeação, que se dará no momento em que a Administração, no seu juízo de conveniência, repute mais oportuno, salvo situações excepcionalíssimas plenamente justificadas;
- b. A contratação emergencial para o exercício das mesmas funções para as quais se realizou concurso público configura preterição, impondo à Administração o dever de nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital.
- c. A aprovação em cadastro reserva traduz mera expectativa de direito à nomeação.
- d. A criação de vagas após a publicação do edital e dentro do prazo de validade do



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

certame não gera direito à nomeação, salvo se houver contratação emergencial, quando, então, restará configurada a preterição e o direito à nomeação.

Como visto, segundo o entendimento do Pretório Excelso, o dever da Administração de nomear o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do certame pode ceder frente a situações excepcionalíssimas plenamente justificadas, conforme a ressalva feita pelo Ministro Gilmar Mendes na ementa antes transcrita, *verbis*:

“Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características:

- a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público;**
- b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital;**
- c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital;**
- d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida**



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário. “

Gize-se que o STJ já reconheceu a inexistência do dever de nomear quando a Administração comprova a impossibilidade orçamentária para a realização do ato por ter atingido o limite prudencial do art. 22:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO CADASTRO DE RESERVA PREVISTO EM EDITAL. ABERTURA DE NOVAS VAGAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PARA A REALIZAÇÃO DAS NOMEAÇÕES. COMPROVAÇÃO.

1. A aprovação do candidato dentro do cadastro de reservas, ainda que fora do número de vagas inicialmente previstas no edital do concurso público, confere-lhe o direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo, se, durante o prazo de validade do concurso, houver o surgimento de novas vagas, seja em razão da criação de novos cargos mediante lei, seja em virtude de vacância decorrente de exoneração, demissão, aposentadoria, posse em outro cargo inacumulável ou falecimento. Precedentes: RE 581.113/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 31.5.2011; RMS 37882/AC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, segunda turma, julgado em 18/12/2012, DJe 14/02/2013; MS 18.570/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 21/08/2012; DJe 29/05/2012; RMS 32105/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 30/08/2010.

2. A exceção a esta regra, desde que devidamente motivada pelo Poder Público e sujeita ao controle do Poder Judiciário, deve estar fundada nas características fixadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral. Nesse



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

sentido, 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.

3. No presente caso, foram preenchidas todas as vagas disponibilizadas no edital do concurso, discutindo-se aqui o provimento dos novos cargos criados por lei. Ocorre que, apesar de haver essas novas vagas, há a demonstração de óbice orçamentário.

4. A autoridade coatora, buscando comprovar a existência de óbices de natureza financeiro-orçamentária que impedem a nomeação dos candidatos aprovados no cadastro de reserva do concurso em que o ora Requerente foi aprovado, juntou os seguintes documentos: (i) estudo de impacto financeiro feito pela Coordenadoria de Planejamento deste Tribunal para a contratação de novos servidores; (ii) circular informando aos magistrados da suspensão da contratação de servidores, em razão da dificuldade orçamentária e financeira; (iii) Informações apresentadas ao CNJ no Pedido de Providências n.0001100-34.2011.2.00.0000; (iv) decisão proferida pela CNJ no Pedido de Providências n. 0001100-34.2011.2.00.0000; (v) decisão administrativa prolatada no processo administrativo n.0037133-09.2010.8.22.1111.

5. Tais documentos demonstram a ausência de dotação orçamentária para a realização das nomeações, uma vez que o orçamento previsto para o exercício de 2011 (Lei de Diretrizes Orçamentárias n.2339/2010) não permitia a contratação de novos servidores, pois o crescimento dos créditos orçamentários fixados na Lei de Diretrizes Orçamentárias fora apenas de 4,5%.

6. Assim, como afirmado pelo Ministro Ives Gandra, Conselheiro do CNJ, na decisão proferida pela CNJ no Pedido de Providências n.0001100-34.2011.2.00.0000, "a recusa justa e motivada da Administração em preencher vagas decorrentes de concurso público,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

como ora se dá, não viola os princípios encartados no art. 37 da CF, mormente o da legalidade. Se não há dotação orçamentária para fazer frente às nomeações, mesmo tendo-se buscado, não se pode brandir o direito subjetivo à nomeação, haja vista a responsabilização a que se submete o gestor, nos termos das leis orçamentárias e das disposições constitucionais. O reconhecimento da existência de necessidade de servidores não garante, por si só, a nomeação de candidatos, se o orçamento desse ano não suporta o acréscimo de despesas" (fls. 161).

7. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(RMS 37.700/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 10/04/2013)

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**



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

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. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 05/12/2012)

Entendo de todo pertinente a transcrição do voto do Relator da última ementa transcrita:

“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. Nesse ponto, transcrevo trecho do parecer do Ministério Público Estadual acerca da dificuldade apresentada pelo Município ora recorrido (fls. 350):

[..]

Os resumos de receitas trazidos à baila às fls. 55/56 evidenciam que entre os meses de janeiro e fevereiro de 2009 houve uma redução na arrecadação municipal na ordem de quase um milhão de reais.

Esses dados, quando confrontados com o montante despendido com pessoal, permitem diagnosticar que, no mês de fevereiro do ano pregresso, o Município de Nossa Senhora do Socorro/SE utilizou aproximadamente 53% (cinquenta e três por cento) de sua receita para remunerar seus servidores (fl. 58), patamar deveras próximo do limite de 54% (cinquenta e quatro por cento) estipulado pela Lei de Responsabilidade Fiscal em seu art. 20, inciso III, alínea "b".



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Impende salientar que tal quadro calamitoso subsiste mesmo com a diminuição dos cargos de comissão e gratificações no Poder Executivo municipal.

A documentação colacionada às fls. 88/95 permite entrever que entre os meses de dezembro/2008 e janeiro/2009 a municipalidade reduziu em R\$ 317.280,95 (trezentos e dezessete mil duzentos e oitenta reais e noventa e cinco centavos) as despesas com servidores comissionados e em R\$ 60.318,04 (sessenta mil trezentos e dezoito reais e quatro centavos) os gastos com funcionários efetivos.

Por seu turno, os documentos encartados às fls. 293/298 denotam que a implementação do piso nacional dos professores repercutiu de forma sensível nas finanças municipais. Os relatórios ali acostados demonstram que, no mês de agosto do ano passado, os gastos com pessoal atingiram a cifra de 60,97% (sessenta vírgula noventa e sete por cento) das receitas do Município, percentual deveras superior ao limite estipulado pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Semelhante panorama, aferível através de um matemático cotejo documental, rechaça, por si só, eventual invocação dos ditames do art. 169, §3º da Constituição Federal. A Autoridade dita coatora comprovou, de forma minudenciada, o enxugamento da máquina administrativa, porquanto já está, *sponte propria*, redimensionando para menor a folha de pagamento de seus servidores.

Afigurar-se-ia frágil, outrossim, o argumento de que os efeitos financeiros das decisões judiciais não repercutem na órbita da responsabilidade fiscal do agente político, nos termos do art. 19, §1º, inciso IV da Lei Complementar nº 101/2000. Tal preceptivo legal deve ser lido simultaneamente ao §2º do art. 19 da LC nº 101/2000, segundo o qual "observado o disposto no inciso IV do §1º, as despesas com pessoal decorrentes de sentenças judiciais serão incluídas no limite do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20".



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Veja-se que nas situações em que o STJ acolheu o argumento da impossibilidade financeiro-orçamentária para a nomeação de candidatos aprovados em concurso público, os Poderes em questão haviam tomado várias medidas para tentar reduzir a despesa com pessoal, além de cessarem todas as contratações.

Com efeito, inclusive com base na ressalva feita pelo Ministro Gilmar Mendes no RE 598.099, a Lei de Responsabilidade Fiscal pode ser invocada como motivo para a não configuração do dever de nomear candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital de concurso ainda válido.

Todavia, essa excepcional medida por parte do Chefe do Poder Executivo - autoridade competente para o ato de nomeação - precisaria ser justificada com outras ações que resultem em efetiva redução de gastos com pessoal e sem que haja a adoção de atitudes contraditórias, como a realização de contratação emergencial e o provimento de cargos em comissão.

Calha trazer à baila o seguinte excerto da decisão do Ministro Og Fernandes no AResp nº 731.006-SE, publicado em 01.07.2015:

“No que se refere à alegação de ser impossível o cumprimento da decisão de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público, tendo em vista que teria o município ultrapassado o limite legal para despesas com pessoal, é de se observar que, da simples leitura da ementa do aresto recorrido, deduz-se que a análise da tese recursal esbarra na impossibilidade de incursão na seara probatória na via especial, conforme disposto na Súmula 7/STJ.

Com efeito, não há como acolher a impugnação da parte sem afastar a afirmação feita pelo Tribunal de origem no sentido de que (e-STJ, fls. 808/809):

Quanto ao argumento de respeito aos limites prudenciais de gastos com pessoal nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal, o Ente recorrido apenas fez juntar aos autos documento de fls. 112/114, insuficiente para fornecer um panorama circunstanciado da situação financeira do Município.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Ademais, mesmo com a alegação de que os recursos eram insuficientes para nomear os aprovados no mencionado Concurso, o Apelante fez exatamente o contrário, já que nomeou pessoas para exercerem cargos em comissão e firmou contratos por tempo determinado, ou seja, em detrimento dos concursados. Logo questiono, se a situação financeira do Ente Público não estava boa, por que fazer estas contratações precárias?"

Destarte, considerando-se que o limite para despesa com pessoal se refere ao Poder Executivo como um todo, entendo que eventual restrição ao direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados em concurso público somente poderia ser motivada mediante ações coordenadas e coerentes da Administração Direta e Indireta.

Com efeito, toda a disciplina da Lei de Responsabilidade Fiscal é voltada para o controle da despesa pública, pautada nas ações de planejamento e programação financeiras que evitem o desequilíbrio das contas dos órgãos e Poderes públicos e possibilitem a existência de margens no orçamento, a fim de que estes se utilizem de alternativas legais nos momentos críticos. Assim, o objetivo da legislação em comento é o de proporcionar a responsabilidade na gestão fiscal, de modo que as exceções, como a ora analisada, devem ser avaliadas com cautela, a fim de que não se subverta o propósito da norma.

Todavia, impõe-se harmonizar a jurisprudência do STF com a restrição imposta no inciso IV do parágrafo único do art. 22 da LRF, de maneira que a nomeação, em qualquer área, de candidatos aprovados em concurso público deve ocorrer para o preenchimento do número de vagas previsto em edital publicado antes de 29.05.2015, data da divulgação no DOE do Relatório de Gestão Fiscal, bem como para as hipóteses de vacância decorrentes de exoneração e demissão.

Destarte, ratificando-se os pareceres 13.786/2003 e 14.034/2004 antes citados, além das hipóteses ressalvadas no art. 22, inc. IV, da LC nº 101/2000, entende-se possível a nomeação para a reposição, em qualquer área, somente de servidores exonerados e demitidos, em razão de que a mera substituição desses servidores não constitui aumento de despesa vedado pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Ademais, como ressaltado no parecer 14.034/04, *“essas nomeações e admissões são autorizadas em caráter excepcional, sempre*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

vislumbrando a viabilização da atividade estatal na execução dos serviços que devem ser prestados à população sem que haja solução de continuidade na sua prestação, e a imprescindível necessidade, por imposição constitucional, de ser dada continuidade às atividades administrativas que objetivam o interesse público”.

Nessa esteira, considerando-se que o falecimento e a aposentadoria de servidores, em princípio, geram benefícios previdenciários e, portanto, despesa com pessoal (art. 18 da LRF), a reposição de servidores em razão dos referidos eventos deve permanecer restrita às áreas arroladas no dispositivo legal em comento, quais sejam, educação, saúde e segurança.

Ademais, é de se frisar que a nomeação ocorrerá no momento em que a Administração considerar mais oportuno, dentro do prazo de validade do certame.

Outrossim, cabe salientar que, quanto aos cargos/empregos criados após a publicação do edital do certame, e que nunca chegaram a ser providos, não se há falar em nomeação/admissão, visto que implicaria aumento de despesa com pessoal.

Entretanto, na hipótese de existirem contratos emergenciais para funções em que houve a realização de concurso público, com candidatos aprovados, e que esteja no prazo de validade, entendo que, face à caracterização de preterição, conforme consolidada jurisprudência, devem os contratos ser rescindidos, com a nomeação dos candidatos aprovados, ainda que se trate excepcionalmente de vagas criadas por lei após o edital do certame. É que, em tais circunstâncias, presume-se a existência de disponibilidade orçamentária para a nomeação de candidatos em razão dos contratos emergenciais existentes.

No que diz, então, com as contratações emergenciais, na hipótese de haver concurso público válido, com candidatos aprovados, deverão ser rescindidos os contratos e nomeados os certamistas, em razão do que não cabe a prorrogação dos contratos, nem novas contratações, exceto se não houver candidatos aprovados.

De outra banda, em não havendo concurso público homologado ou sem candidatos aprovados, por não consistir em aumento de despesa com pessoal e para que haja a manutenção da prestação de serviço público, possível é a prorrogação e a substituição de contratos emergenciais.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

No entanto, a realização de novas contratações emergenciais somente poderá ocorrer na hipótese de não haver concurso público homologado, ou que não haja candidatos aprovados, fundamentada na efetiva necessidade de prestação dos serviços públicos reputados essenciais pelo inciso IV do parágrafo único do art. 22 da LC nº 101/2000, ou seja, nas áreas de educação, saúde e segurança, com o fito exclusivo de reposição de força de trabalho em virtude de rompimento do vínculo funcional com a Administração.

Respondendo, então, às questões, tem-se que, além da ressalva já constante do inciso IV do art. 22 da LRF, ou seja, a par da reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança:

- a. É possível, no momento em que a Administração entender adequado durante o prazo de validade do certame, a nomeação e admissão de candidatos aprovados em concurso público referente a edital de abertura de certame publicado antes de 29.05.2015, data da divulgação do Relatório de Gestão Fiscal, para preenchimento das vagas originalmente previstas no edital e das surgidas em decorrência de exoneração e demissão, em qualquer área, em razão do dever da Administração de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital, conjugado com o fato de não haver aumento de despesa por se tratar de mera reposição;
- b. Não é possível a nomeação e admissão de candidatos aprovados para cadastro reserva ou fora das vagas previstas no edital do concurso público quanto a cargos e empregos criados por lei após a abertura do certame e que nunca chegaram a ser providos, visto se tratar de aumento de despesa;



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

- c. Em havendo contratações emergenciais para funções em relação às quais existe concurso público válido e com candidatos aprovados dentro ou não do número de vagas previstas no edital, deverão ser rescindidos os contratos e nomeados os candidatos face à caracterização de preterição, hipótese em que não será possível a prorrogação nem a realização de novas contratações emergenciais;
- d. Somente é possível a prorrogação e a substituição de contratos emergenciais nas situações em que não há concurso público válido com candidatos aprovados;
- e. A realização de novas contratações emergenciais somente pode ocorrer na hipótese de não haver concurso público homologado, ou que não haja candidatos aprovados, fundamentada na efetiva necessidade de prestação dos serviços públicos reputados essenciais pelo inciso IV do parágrafo único do art. 22 da LC nº 101/2000, ou seja, nas áreas de educação, saúde e segurança, com o fito exclusivo de reposição de força de trabalho em virtude de rompimento do vínculo funcional com a Administração;
- f. É possível invocar-se a vedação do inciso IV do parágrafo único do artigo 22 da LRF para a excepcionalíssima não nomeação de candidatos aprovados nas vagas previstas no edital do concurso, condicionada à efetiva demonstração de impossibilidade financeiro-orçamentária e mediante ações coordenadas de gestão, ou seja, desde que não sejam nomeados, admitidos ou contratados mais nenhum servidor, inclusive emergencialmente.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive script.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

14. É possível efetuar novas designações de titulares e/ou substitutos para funções gratificadas e novas nomeações para cargos em comissão? E no caso de dispensa de função gratificada (titular e/ou substituto) ou exoneração de cargo em comissão, é possível substituí-los?

A toda a evidência, o alcance das despesas com pessoal ao patamar do denominado limite prudencial representa um alerta ao gestor público no sentido de que providências necessitam ser tomadas, a fim de se evitar que se ultrapasse o limite estabelecido no art. 20 da LRF, com as consequências daí advindas, como as previstas no art. 23 da lei em questão.

Nessa senda, imperiosa a adoção de ações que visem à adequação dos gastos com pessoal, por isso é que o alerta do parágrafo único do artigo 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal vem seguido de uma série de vedações ao gestor público.

Na linha do exposto quanto às nomeações e contratações emergenciais, entende-se possível a substituição de cargos em comissão e funções gratificadas em caso de dispensa ou exoneração, uma vez que não acarretará aumento de despesa. A par disso, considerando-se que os ocupantes de cargos de confiança são, por determinação constitucional (art. 40, §13, da CF/88), vinculados ao regime geral de previdência social, entende-se possível a reposição dos servidores comissionados em caso de falecimento ou inativação, visto que não importará em acréscimo de despesa para o Estado, uma vez que os benefícios previdenciários de pensão por morte e de aposentadoria ficam à conta do INSS.

Nesse compasso, imprescindível que o provimento de cargos comissionados e as designações para exercício de funções de confiança não resultem em aumento do percentual preexistente de comprometimento com despesas com pessoal.

15. A autorização de quota para convocação de serviço extraordinário tem sido concedida para um período de seis meses, no caso dos órgãos da Segurança Pública, da FASE e da FPE, por exemplo, com eventuais concessões de suplementação durante o semestre. Já para os servidores da extinta Caixa Econômica Estadual, a autorização tem sido concedida pelo prazo de doze meses. Cabe registrar, não há previsão de contratação de hora extra na lei de diretrizes orçamentárias de 2014 para o



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

exercício econômico-financeiro de 2015. Considerando o exposto e a vedação constante no inciso V, é possível continuar pagando horas extras já autorizadas antes do Poder Executivo ultrapassar o limite prudencial? É possível renovar a convocação para a realização de serviço extraordinário, no segundo semestre de 2015, mantendo mesmo valor realizado no primeiro semestre de 2015? É possível aumentar a quota de horas extraordinárias usuais de um semestre para o próximo? É possível o Governador autorizar novas concessões para a realização de serviço extraordinário no período de vedação da LRF?

De início, considerando que o §1º do artigo 169 da Constituição da República expressamente prevê que a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração só poderão ser feitas se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes, bem como se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, causa estranheza a afirmação de que a realização de serviço extraordinário não está prevista na LDO do exercício financeiro de 2015.

Cumpra, então, lembrar que aos empregados públicos se aplica o disposto nos incisos XIII e XVI do art. 7º da Constituição Federal, estendido aos servidores públicos civis pelo § 3º do art. 39:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

Art. 39. -

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

E a CLT assim disciplina nos artigos 59 e 61 a realização de serviço extraordinário:

Art. 59 - A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.

§ 1º - Do acordo ou do contrato coletivo de trabalho deverá constar, obrigatoriamente, a importância da remuneração da hora suplementar, que será, pelo menos, 20% (vinte por cento) superior à da hora normal. (Vide CF, art. 7º inciso XVI)

§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

Art. 61 - **Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencionado, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.**

§ 1º - O excesso, nos casos deste artigo, poderá ser exigido independentemente de acordo ou contrato coletivo e deverá ser comunicado, dentro de 10 (dez) dias, à autoridade competente em matéria de trabalho, ou, antes desse prazo, justificado no momento da fiscalização sem prejuízo dessa comunicação.

§ 2º - Nos casos de excesso de horário por motivo de força maior, a remuneração da hora excedente não será inferior à da hora normal. Nos demais casos de excesso previstos neste artigo, a remuneração será, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) superior à



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

da hora normal, e o trabalho não poderá exceder de 12 (doze) horas, desde que a lei não fixe expressamente outro limite.

§ 3º - Sempre que ocorrer interrupção do trabalho, resultante de causas acidentais, ou de força maior, que determinem a impossibilidade de sua realização, a duração do trabalho poderá ser prorrogada pelo tempo necessário até o máximo de 2 (duas) horas, durante o número de dias indispensáveis à recuperação do tempo perdido, desde que não exceda de 10 (dez) horas diárias, em período não superior a 45 (quarenta e cinco) dias por ano, sujeita essa recuperação à prévia autorização da autoridade competente.

Cabe assinalar que, da consulta formulada, não se consegue depreender as circunstâncias em que ocorrem a convocação de serviço extraordinário na FPE e na FASE, ou seja, não está claro se há necessidade imperiosa, como menciona o art. 61 da CLT, ou se há pagamento de horas suplementares com habitualidade na forma do art. 59, por liberalidade ou não do empregador.

Válido lembrar que a Súmula 291 do TST prevê o pagamento de indenização nas hipóteses de supressão ou de redução do serviço suplementar prestado com habitualidade:

Súmula nº 291 do TST
HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO. INDENIZAÇÃO. (nova redação em decorrência do julgamento do processo TST-IUJERR 10700-45.2007.5.22.0101) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

(doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.

Nesse diapasão, em relação às fundações de direito privado, impõe-se ter presente que se o pagamento da sobrejornada ocorrer de forma habitual, eventual redução ou supressão poderá resultar na indenização prevista na Súmula 291 do TST, em razão do prejuízo financeiro do trabalhador.

De qualquer sorte, seja para a adequada prestação do serviço público, seja para se evitar a incidência da Súmula 291 do TST, possível é a manutenção dos valores despendidos quando da publicação do Relatório de Gestão Fiscal quanto às fundações de direito privado. Todavia, ante a vedação imposta no inciso V do parágrafo único do art. 22 da LRF, incogitável o aumento das despesas com horas extras.

Ademais, cumpre lembrar a alternativa prevista no §2º do art. 59 da CLT, condicionada, porém, à realização de acordo ou convenção coletiva:

§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

Nesse compasso, como alternativa à majoração dos gastos com horas extras, poder-se-ia acordar o banco de horas previsto na norma consolidada.

Quanto aos servidores estatutários, a Lei Complementar nº 10.098/94, assim dispõe:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Art. 33 - Por necessidade imperiosa de serviço, o servidor poderá ser convocado para cumprir serviço extraordinário, desde que devidamente autorizado pelo Governador.

§ 1º - Consideram-se extraordinárias as horas de trabalho realizadas além das normais estabelecidas por jornada diária para o respectivo cargo.

§ 2º - O horário extraordinário de que trata este artigo não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) da carga horária diária a que estiver sujeito o servidor.

§ 3º - Pelo serviço prestado em horário extraordinário, o servidor terá direito a remuneração, facultada a opção em pecúnia ou folga, nos termos da lei.

assim prevê: E art. 1º da Lei Complementar nº 11.649/2001

Art. 1º - As hipóteses de necessidade imperiosa de serviço de que trata o artigo 33 da Lei Complementar nº 10.098, de 03 de fevereiro de 1994, deverão ser regulamentadas por Decreto do Poder Executivo, no prazo de trinta dias, a contar da promulgação desta Lei, relativamente às convocações de servidores policiais civis, servidores do Quadro do Instituto-Geral de Perícias e servidores do Quadro da Superintendência dos Serviços Penitenciários.

E o Decreto 40.987/2001 e suas posteriores alterações assim regulamenta o art. 1º da LC nº 11.649/2001:

Art. 1º - Fica regulamentada a convocação para a prestação de serviço extraordinário dos servidores do Quadro da Polícia Civil, do Quadro do Instituto-Geral de Perícias e do Quadro da Superintendência dos Serviços Penitenciários nas hipóteses previstas no artigo 1º da LEI COMPLEMENTAR Nº 11.649, de 19



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

de julho de 2001, nos termos dispostos por este Decreto.

Art. 2º - A realização de serviço extraordinário deverá ocorrer, quando se torne imprescindível à extensão da jornada de trabalho dos servidores indicados no artigo anterior, **para atender a situações excepcionais e temporárias, bem como por imperiosa necessidade de serviço, mediante juízo de conveniência e oportunidade, desde que previamente autorizada pelo Governador do Estado. (redação dada pelo Decreto 42.637)**

§ 1º - A gratificação por exercício de serviço extraordinário somente poderá ser paga após a prestação dos serviços e respeitada a autorização a que se refere o caput deste artigo.

(...)

Art. 3º - A convocação para prestação de serviço extraordinário, regulamentada por este Decreto, destina-se ao desenvolvimento de atividades inerentes às áreas fim e meio da Polícia Civil, do Instituto-Geral de Perícias e da Superintendência dos Serviços Penitenciários. (redação dada pelo Decreto 42.637/2003)

Art. 4º - **A solicitação de autorização para realização de jornada extraordinária será remetida com a devida justificativa à Secretaria da Justiça e da Segurança para manifestação e, após, encaminhada à Casa Civil para autorização do Governador.**

Art. 5º - **A jornada extraordinária de trabalho que for efetivada, devidamente comprovada e justificada por superior hierárquico, sem a prévia autorização, será compensada com folga, face o que faculta o artigo 33, § 3º da LEI COMPLEMENTAR Nº 10.098, de 3 de fevereiro de 1994. (redação dada pelo Decreto 41.900/2002)**

Já os parágrafos 8º a 12 do art. 48 da LC nº 10.990/97 (Estatuto dos Servidores Militares da Brigada Militar) assim dispõem:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

§ 8º - O servidor militar, por necessidade imperiosa de serviço, poderá ser convocado para cumprir serviço extraordinário, desde que devidamente autorizado pelo Governador. (Incluído pela Lei Complementar n.º 11.650/01)

§ 9º - Consideram-se extraordinárias as horas de trabalho realizadas além das normais e estabelecidas por jornada diária para o respectivo posto ou graduação da carreira a que pertencer. (Incluído pela Lei Complementar n.º 11.650/01)

§ 10 - Pelo serviço prestado em horário extraordinário, o servidor terá direito à remuneração, facultada a opção em pecúnia ou folga, nos termos da lei. (Incluído pela Lei Complementar n.º 11.650/01)

§ 11 - O serviço extraordinário será remunerado com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) em relação à hora normal de trabalho. (Incluído pela Lei Complementar n.º 11.650/01)

§ 12 - O Poder Executivo regulamentará o disposto nos parágrafos 8º a 12 no prazo de trinta dias, a contar da promulgação desta Lei Complementar, em especial as hipóteses de necessidade imperiosa de serviço, a quantidade de horas extraordinárias e os procedimentos relativos à competência para fiscalização e controle das convocações de que versa esta Lei Complementar. (Incluído pela Lei Complementar n.º 11.650/01)

E o Decreto 40.986/2001 regulamentou o serviço extraordinário na Brigada Militar nos seguintes termos:

Art. 2º - A realização de serviço extraordinário deverá ocorrer, quando se torne imprescindível a extensão da jornada normal de trabalho dos servidores policiais-militares, para atender a situações excepcionais e temporárias, bem como por imperiosa necessidade de serviço, estas ligadas à atividade fim da Brigada Militar, mediante juízo de conveniência e oportunidade, desde que previamente autorizada pelo Governador do Estado.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

§ 1º - A gratificação por exercício de serviço extraordinário somente poderá ser paga após a prestação dos serviços e respeitada a autorização a que se refere o caput deste artigo.

(...)

§ 4º - O exercício do serviço extraordinário não poderá exceder ao limite de quarenta horas extraordinárias mensais, salvo quando ocorrer a necessidade imperiosa de estendê-las com o propósito de manter a normalidade dos serviços, dar curso a ocorrências já iniciadas ou fazer frente a situações imprevistas que atentem contra a vida e/ou a segurança pública.

§ 5º - A gratificação por exercício de serviço extraordinário será calculada somando-se 50% (cinquenta por cento) ao valor da hora normal dos servidores policiais-militares, não podendo exceder ao limite de quarenta horas extraordinárias mensais.

(...)

Art. 3º - Para o desenvolvimento de atividades administrativas da Brigada Militar não será autorizada a realização de serviço extraordinário.

Art. 4º - A solicitação de autorização para realização de jornada extraordinária será remetida com a devida justificativa à Secretaria da Justiça e Segurança para manifestação e, após, encaminhada à Casa Civil para autorização do Governador do Estado.

Art. 5º - A jornada extraordinária que for efetivada, devidamente comprovada e justificada por superior hierárquico, sem a prévia autorização, deverá ser compensada em folga.

Tem-se, então, que os Decretos 40.987/2001 e 40.986/2001, ao regulamentarem a realização de serviço extraordinário na Susepe, IGP, Polícia Civil e Brigada Militar, prevêm a extensão da jornada normal de trabalho quando imprescindível para atender a situações excepcionais e temporárias, bem como por imperiosa necessidade de serviço, mediante juízo de conveniência e oportunidade, desde que previamente autorizada pelo Governador do Estado. Ademais, o artigo 4º de ambos os Decretos estabelece que a solicitação de autorização será remetida com a devida justificativa à Secretaria de Segurança para



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

manifestação, e, após, encaminhada à Casa Civil para autorização do Governador do Estado.

Releva notar que a disciplina legal da convocação para a realização de jornada extraordinária remete a um caráter de excepcionalidade com limitação temporal. Para situações regulares, com caráter de normalidade, medidas outras devem ser tomadas, como a nomeação de candidatos aprovados, ou a realização de concurso.

Embora o alcance do limite prudencial para despesa com pessoal, possível é a manutenção do patamar até então estabelecido para a remuneração de serviço extraordinário necessário ao atendimento de situações excepcionais e temporárias. Ocorre que, em tal hipótese, não haverá efetiva contratação de horas extras – conduta vedada pelo art. 22, parágrafo único, V, da LRF – mas apenas a continuidade da sobrejornada que já vinha sendo exercida.

Mister, porém, lembrar que a intenção do legislador ao impor vedações ao gestor público do Poder que exceder o limite prudencial de 95% dos gastos com pessoal é que haja a adoção de medidas de contenção do aumento das despesas com pessoal. Em assim sendo, em permanecendo a necessidade imperiosa do serviço, poder-se-á manter a convocação para realização de serviço extraordinário nos valores até então despendidos, sem que haja, então, acréscimo dos gastos com horas extras.

É o parecer.

Porto Alegre, 16 de julho de 2015.

Mariana Vieira Bueno
Procuradora do Estado

Equipe de Consultoria da Procuradoria de Pessoal

Exp. Adm. 57946-1400/15-0



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Processo nº 57946-14.00/15-0

Acolho as conclusões do PARECER nº 16.519/15, da Procuradoria de Pessoal, de autoria da Procuradora do Estado Doutora MARÍLIA VIEIRA BUENO.

Restitua-se o expediente ao Grupo de Assessoramento Estadual para Política de Pessoal – GAE.

Em 17 de julho de 2015.


Euzébio Fernando Buschel,
Procurador-Geral do Estado.