

ACÓRDÃO 01612/2019-8 – PLENÁRIO

Processo: 08045/2014-9
Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Auditoria
Exercício: 2013
UG: PMCC - Prefeitura Municipal de Conceição do Castelo
Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha
Interessado: PREFEITURA CONCEICAO CASTELO
Responsável: FRANCISCO SAULO BELISARIO, CHRISTIANO SPADETTO

FISCALIZAÇÃO - AUDITORIA - PREFEITURA MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO - INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - NEGAR EXEQUIBILIDADE A TRECHO LEGAL – REGRA DO CONCURSO PÚBLICO.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

1. RELATÓRIO

Trata-se de auditoria ordinária realizada na Prefeitura Municipal de Conceição do Castelo, nos termos do Plano e Programa de Fiscalização 142/2014, relativa ao exercício de 2013, bem como de solicitações de autoridades, consubstanciadas em protocolos (nºs 10.383/2014, 10.051/2014 e 1.729/2014) que foram incluídos no referido plano de fiscalização.

Dos trabalhos realizados resultaram o Relatório de Auditoria RA-O 072/2014, e a Instrução Técnica Inicial 1600/2014, nos quais são apontados indícios de irregularidades.

Após Decisão Monocrática Preliminar DECM 2132/2014, houve citação para a apresentação de justificativas, e o Sr. Francisco Saulo Belizário assim o fez, juntando documentação anexa.

Encaminhados os autos ao Núcleo de Normatização da Fiscalização – NNF, esse procedeu à Instrução Técnica Conclusiva 01486/2018, que concluiu nos seguintes termos:

3.1. Após a análise dos fatos constantes dos presentes autos que versam sobre o Relatório de Auditoria N° RA-O na prefeitura municipal de Conceição do Castelo, relativo ao exercício de 2013, entende-se que devem ser mantidas as irregularidades analisadas nos seguintes itens desta Instrução Técnica Conclusiva:

3.1.1. Ausência de Controle da Frota de Veículos – Contratos 006/2013, 007/2013 e 005/2013 (item 2.1 desta ITC).

Base legal: art. 37, caput, da Constituição Federal (princípios constitucionais da eficiência e da moralidade).

Responsável: Francisco Saulo Belizário – prefeito municipal

3.1.2. Investidura irregular de agentes públicos (item 2.3 desta ITC).

Base legal: art. 37, caput e inciso II, da Constituição Federal (princípios da legalidade e da impessoalidade) e art. 32, caput e inciso II, da Constituição Estadual.

Responsável: Francisco Saulo Belizário – prefeito municipal

3.1.3. Infringência ao teto remuneratório constitucional (item 2.4 desta ITC).

Base legal: art. 37, caput e inciso XI, da Constituição Federal.

Responsável: Francisco Saulo Belizário – prefeito municipal

3.1.4. Contratação irregular em detrimento ao concurso público (item 2.5 desta ITC).

Base legal: art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal.

Responsável: Francisco Saulo Belizário – prefeito municipal

3.2. Posto isso e diante do preceituado no art. 319, § 1º, inciso IV, da Resolução TC 261/2013, conclui-se opinando por:

3.2.1. Preliminarmente, negar exequibilidade aos arts. 2º e 4º da Lei 1.459/2011 do município de Conceição do Castelo, por ofensa ao art. 37, II, da Constituição

*Federal, promovendo-se o **incidente de inconstitucionalidade**, conforme arts. 1º, XXXV, 176 e seguintes da Lei Complementar Estadual 621/2012, com fulcro na Súmula 347 do STF;*

3.2.2. Rejeitar parcialmente as razões de justificativas do Sr. Francisco Saulo Belizário, em razão do cometimento dos atos ilegais dispostos **nos itens 2.1, 2.3, 2.4 e 2.5** desta Instrução Técnica Conclusiva, sugerindo a aplicação de multa com amparo no art. 135, inciso II, da Lei Complementar Estadual 621/12;

3.2.3. Determinar ao atual ao atual prefeito municipal de Conceição do Castelo que adote um controle efetivo dos gastos com combustíveis na integralidade da frota municipal, a fim de possibilitar a comprovação da finalidade pública das despesas realizadas, confeccionando relatório mensal, atestado pelo fiscal do contrato, que contenha: quantidade de combustível adquirido em cada abastecimento, gasto de combustível por automóvel, quilometragem de saída e chegada do veículo, requisições para uso do veículo, dados do veículo abastecido, datas de abastecimento, identificação do condutor, percurso realizado e a finalidade do trajeto.

Por meio do Parecer 01848/2018-9, o *Parquet* de Contas anuiu ao posicionamento técnico.

Após voto do então Relator, a Primeira Câmara deste Tribunal, por meio da Decisão 01429/2018, decidiu pela remessa dos autos ao Plenário para o devido processamento do incidente de inconstitucionalidade referente aos artigos 2º e 4º da Lei do Município de Conceição do Castelo nº 1.459/2011, por configurar afronta à Constituição Federal.

É o breve relatório.

V O T O

2. FUNDAMENTAÇÃO

No momento, discute-se apenas a suposta inconstitucionalidade de dispositivos da Lei municipal nº 1.459/2011, de Conceição do Castelo. Acerca disso, assim se posicionou a Área Técnica em sede de análise conclusiva:

Instrução Técnica Conclusiva 01486/2018-3:

Nos termos do Relatório de Auditoria, a Lei municipal nº 1.459/2011 autoriza o exercício de cargos público, no caso médico plantonista, sem a realização do devido concurso público.

Ressalta que a atividade de plantonista já integra as atribuições do cargo efetivo de médico, previsto na estrutura organizacional da prefeitura, conforme Lei Complementar nº 002/1994 – Grupo Ocupacional 05.

Assim, sugere-se, portanto,

“que esta Corte de Contas conheça, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei Municipal 1.459/2011, negando sua executoriedade, no tocante a prestação de plantões médicos por profissionais não ocupantes de cargos públicos, redundando em determinação ao Gestor para que tome as necessárias e efetivas providências visando o provimento regular por meio de concurso público dos cargos necessários ao desempenho de tais atividades.”

Justificativas apresentadas pelo Sr. Francisco Saulo Belisário

Sustenta que a Lei 1.459/2011 é formalmente constitucional. Afirma que:

“as modalidades de contratação nelas previstas não são inconstitucionais por si só, uma vez que estão previstas formas de contratação subsidiárias, de forma que a contratação temporária mediante processo seletivo simplificado só está prevista em caso de não preenchimento de vagas em concurso público e assim por diante.

Por fim, afirma que não se pode em falar de inconstitucionalidade da lei, ainda que porventura sua aplicação enseje o pagamento de remunerações acima do teto constitucional.

Análise

O controle de constitucionalidade caracteriza-se, em princípio, como sistema de verificação da conformidade de um ato (lei, decreto, etc) em relação à Constituição. Não se admite que um ato, hierarquicamente inferior à Constituição, confronte suas premissas, caso em que não haveria harmonia das próprias normas, gerando insegurança jurídica para os destinatários do sistema jurídico.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, são adotados atualmente no Brasil dois tipos de controle de constitucionalidade: o concentrado e o difuso. O controle concentrado é de competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a” da CF) e o exame é feito de forma direta, por meio de ação própria proposta com o objetivo específico de se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese (ação direta de inconstitucionalidade – ADIN) ou de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (ação declaratória de constitucionalidade – ADECON).

Já o controle difuso, também chamado “incidental”, é exercício no curso de processo do qual tenha sido suscitada a inconstitucionalidade, sendo de competência de todos os tribunais ordinários e especiais. Assim, a questão constitucional, no controle difuso, é meramente questão prejudicial da causa principal. Ou seja, o objetivo não é atacar diretamente a norma eivada de vício, mas solucionar preliminarmente a questão constitucional como condição necessária para decidir acerca do caso concreto.

Atualmente não há mais dúvida de que os Tribunais de Contas possuem a prerrogativa para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos, quando do exercício de suas atribuições. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm sido uniformes no sentido de que a Corte de Contas pode e deve se manifestar acerca da constitucionalidade de leis e atos normativos, em matérias de sua competência.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência do Tribunal de Contas para proceder à apreciação da constitucionalidade de leis e atos normativos, quando do exercício de suas atribuições por meio da edição da Súmula 347: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.”

Portanto, conforme definido na súmula da Suprema Corte, não apenas o Poder Judiciário, mas também os Tribunais de Contas possuem a prerrogativa de verificar se as leis e os atos normativos emanados pelo poder público encontram-se harmonizados com a Constituição Federal.

Segundo Luís Roberto Barroso, quando leciona a respeito do controle difuso de constitucionalidade:

“Para decidir acerca do direito em discussão, o órgão judicial precisará formar um juízo acerca da constitucionalidade ou não da norma. Por isso se diz que a questão constitucional é uma questão prejudicial: Porque ela precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal¹.”

Então, se o Tribunal de Contas, ao apreciar uma questão que lhe cabe decidir, deparar-se com uma incompatibilidade entre a norma ou ato normativo e a Constituição, deverá resolver a questão prejudicial de inconstitucionalidade preliminarmente ao julgamento de mérito do caso concreto, caracterizando assim o controle difuso de constitucionalidade.

Portanto, o objetivo precípua do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas não é o ataque direto e frontal à lei ou ato normativo, visto que exerce somente o controle incidental de constitucionalidade, mas sim a proteção ao erário que poderia vir a ser afetado por despesas respaldadas em leis ou atos normativos inconstitucionais. O efeito das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas é restrito às partes envolvidas.

A competência desta Corte de Contas para decidir sobre incidente de inconstitucionalidade encontra-se expressa no inciso XXXV do art. 1º da Lei Complementar 621/2012, conforme segue:

“Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, compete:

¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 75.

(...)

XXXV - negar a aplicação de lei ou ato do Poder Público considerado ilegal ou inconstitucional;"

Ademais, é o que preconiza art. 176, caput, e parágrafo único, da Lei Complementar nº 621/2012, nestes termos:

"Art. 176. O Tribunal de Contas, no exercício das suas atribuições, poderá pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade de leis e de atos do poder público.

Parágrafo único. Verificada a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, na apreciação de qualquer feito, a matéria será apreciada pelo Plenário, em pronunciamento preliminar."

Nos termos do Relatório de Auditoria RA-O 72/2014 pugnou-se pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei municipal 1.459/2011 apenas no tocante a prestação de plantões médicos por profissionais não ocupantes de cargo público somente. Assim sugeriu:

"Sugere-se, portanto, que esta Corte de Contas conheça, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei Municipal 1.459/2011, negando sua executoriedade, no tocante a prestação de plantões médicos por profissionais não ocupantes de cargos públicos, redundando em determinação ao Gestor para que tome as necessárias e efetivas providências visando o provimento regular por meio de concurso público dos cargos necessários ao desempenho de tais atividades."

Já a ITI 1600/2014 sugeriu o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei municipal 1.459/2011 apenas no tocante a prestação de plantões médicos por profissionais não ocupantes de cargo público e também quanto aos efetivos. Assim sugeriu:

"Destarte, foi sugerido que esta Corte de Contas conheça, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei Municipal 1.459/2011, negando sua executoriedade, in totum, no tocante a prestação de plantões médicos por profissionais não ocupantes de cargos públicos e também quanto aos efetivos, ante a irregular prestação de serviços que configura, na prática, outro vínculo de provimento irregular."

Logo, há uma diferenciação de sugestões, cabendo reproduzir o texto legal a fim de verificar quais dispositivos da Lei municipal 1.459/2011 estariam violando o texto constitucional:

LEI Nº 1459, DE 30 DE MARÇO DE 2011

DISPÕE SOBRE A REORGANIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS EM REGIME DE PLANTÃO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS

O PREFEITO MUNICIPAL DE CONCEIÇÃO DO CASTELO, no Estado do Espírito Santo, faço saber que a Câmara Municipal Aprovou e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A prestação de serviços médicos em regime de plantão junto ao Hospital Municipal Nossa Senhora da Penha, vinculada a Secretaria Municipal de Saúde de Conceição do Castelo - ES, obedecerá ao disposto nesta Lei.

Art. 2º Fica autorizada a prestação de serviços médicos em regime de plantão, além da jornada normal de trabalho, pelos servidores ocupantes de cargos de médico efetivo ou contratado integrante da Secretaria Municipal de saúde, cuja jornada legal seja de 20h (vinte horas) semanais.

Art. 3º Ficam instituídas as seguintes formas de prestação de serviços em regime de plantão:

I - Regime de plantão de 12hs (doze horas) semanais, que poderá ser realizado em 01 (uma) jornada única de 12h (doze horas) semanais ou em 02 (duas) jornadas de 6h (seis horas) semanais;

II - Regime de plantão de 24hs (vinte e quatro horas) semanais, que poderá ser realizado em 01 (uma); jornada única de 24h (vinte e quatro horas) semanais, observado o intervalo de 72hs (setenta e duas horas) de descanso entre uma e outra, em 02 (duas) jornadas de 12h (doze horas) semanais, observado o intervalo de 36h (trinta e seis horas) entre uma e outra ou em 04 (quatro) jornadas de 6h (seis horas) semanais.

Art. 4º A prestação de serviços em regime de plantões segundo as prescrições desta Lei somente será permitida aos médicos efetivos ou contratados integrantes da Secretaria Municipal de Saúde, cuja jornada legal de trabalho seja de 20h (vinte horas) semanais e excepcionalmente, aos médicos não vinculados à Secretaria Municipal de Saúde de Conceição do Castelo, quando convidados para a prestação de serviços médicos em regime de plantão, em decorrência de cargo vago, falta ou afastamento legal do titular.

Art. 5º O pagamento de prestação de serviços médicos em regime de plantão, na forma prevista no artigo 3º da presente lei, será em hora-plantão, fixado em valor referente ao vencimento básico do cargo de nível IX e padrão inicial, acrescidos dos adicionais legais.

Art. 6º A prestação de serviços médicos em regime de plantio será remunerado mediante recibo, descontados os encargos sociais legais, no prazo máximo de até 05 (cinco) dias após a prestação dos serviços.

Art. 7º O pagamento da prestação de serviços médicos em regime de plantão, na forma prevista nos artigos 5º e 6º da presente lei, não implica integração a qualquer cargo de estrutura administrativa do Município para fins de aquisição de quaisquer direitos concedidos aos servidores públicos.

Art. 8º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições e contrário, especialmente a Lei Municipal nº 1.243, de 01 de Abri de 2008 e suas posteriores alterações.

A referida lei dispõe sobre a reorganização da prestação de serviços médicos em regime de plantão e dá outras providências. Os arts. 1º,

3º, 5º, 6º, 7º e 8º dispõe sobre o regime de plantão, formas da sua prestação e outras disposições de cunho interno, referente a organização e forma de pagamento do serviço prestado.

São justamente os arts. 2º e 4º que estariam eivados de vício. Reproduzo novamente os art. 2º e 4º da Lei municipal nº 1.459/2011:

Art. 2º Fica autorizada a prestação de serviços médicos em regime de plantão, além da jornada normal de trabalho, pelos servidores ocupantes de cargos de médico efetivo ou contratado integrante da Secretaria Municipal de Saúde, cuja jornada legal seja de 20h (vinte horas) semanais.

(...)

Art. 4º A prestação de serviços em regime de plantões segundo as prescrições desta Lei somente será permitida aos médicos efetivos ou contratados integrantes da Secretaria Municipal de Saúde, cuja jornada legal de trabalho seja de 20h (vinte horas) semanais e excepcionalmente, aos médicos não vinculados à Secretaria Municipal de Saúde de Conceição do Castelo, quando convidados para a prestação de serviços médicos em regime de plantão, em decorrência de cargo vago, falta ou afastamento legal do titular.

Nos referidos artigos autoriza-se a contratação de profissionais médicos, que já sejam ocupantes de cargo efetivo ou contratados, integrante da Secretaria Municipal de Saúde, cuja jornada de trabalho seja de 20 horas semanais. Tais servidores assumiram seus respectivos cargos efetivos originais ou foram contratados, supondo a legalidade de tais atos, mediante concurso público ou por contratação temporária. Assim, mediante tais dispositivos legais está sendo criada nova forma de investidura, conferindo novos cargos a tais servidores, sem qualquer forma de seleção e em patente descumprimento ao art. 37, II, da CF:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de

livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

O concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. O alcance do concurso público deve ser o mais amplo possível, configurando-se a regra geral. Essa regra compreende não apenas o provimento de cargos públicos, mas também a contratação de servidores pelo regime trabalhista.

Pela própria Constituição, é possível a cumulação de dois cargos de profissionais de saúde, porém cumprindo os requisitos constitucionais. Não é o caso vertente, cujo único critério de contratação é possuir cargo efetivo ou contratado, integrante da Secretaria Municipal de Saúde, e jornada de trabalho de 20 horas semanais.

O art. 4º ainda possibilita que médicos não vinculados à Secretaria Municipal de Saúde sejam convidados para a prestação de serviços médicos em regime de plantão, em decorrência de cargo vago, falta ou afastamento legal do titular.

A própria lei usa termos que claramente denotam o descumprimento ao art. 37, II, da CF. Inadmissível que médico seja CONVIDADO, sem a utilização de qualquer critério ou seleção desses profissionais. Visa suprir ainda “cargo vago, falta ou afastamento legal do titular”, claramente pra substituir ocupante de cargo, em patente inconstitucionalidade.

Desta forma, afigura-se em tela a inconstitucionalidade material, já que se trata de vício material, ou seja, diz respeito ao conteúdo substantivo da norma, originando-se da violação ao princípio do concurso público estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Luís Roberto Barroso discorre sobre o tema ao tecer as seguintes considerações:

“A inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre lei ou ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional (...) ou com um princípio constitucional (...).

O reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo, seja em decorrência de desvio formal ou material, produz a mesma consequência jurídica: a invalidade da norma, cuja tendência será ter sua eficácia paralisada”².

A defesa sustenta:

“as modalidades de contratação nela previstas não são inconstitucionais por si só, uma vez que estão previstas formas de contratação subsidiárias, de forma que a contratação temporária mediante processo seletivo simplificado só está prevista em caso de não preenchimento de vagas em concurso público e assim por diante.

Em momento algum na referida lei há qualquer menção quanto a se tratar de contratações subsidiárias. Ainda que houvesse, elas também seriam inconstitucionais, já que a regra é o concurso público. Tampouco menciona que a referida norma serve para realizar contratação temporária mediante processo seletivo simplificado. Expressamente fala-se em “convidar” profissional médico.

Ademais, a contratação temporária visa atender necessidade transitória de excepcional interesse público. A lei que disciplina esse tipo de contratação, que claramente não é a lei ora tratada, deve estabelecer regras que assegurem a excepcionalidade da medida, a fim de que não seja regra geral, além de fixar as hipóteses de seleção pública.

Diante do exposto, opina-se que seja negada exequibilidade aos arts. 2º e 4º da Lei municipal 1.459/2011, por ofensa ao art. 37, II, da CF, promovendo-se o incidente de inconstitucionalidade, conforme os arts. 1º, XXXV, 176 e seguintes da Lei Complementar 621/2012, com fulcro na Súmula nº 347 do STF³.

Pois bem.

Questiona-se os artigos 2º e 4º da Lei Municipal 1.459/2011. O artigo 2º permite a prestação de serviços médicos em regime de plantão, a servidores ocupantes de

² Barroso, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 29.

³ **STF Súmula nº 347** - 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal* **Tribunal de Contas - Apreciação da Constitucionalidade das Leis e dos Atos do Poder Público** O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

cargos de médico efetivo ou contratado, que seja integrante da Secretaria Municipal de Saúde. Já o artigo 4º amplia a possibilidade da prestação, de forma excepcional, a médicos sem serem vinculados à Secretaria Municipal de Saúde, na condição de meramente convidados, em decorrência de cargo vago, falta ou afastamento do titular.

Peço vênia para discordar do posicionamento da Área Técnica, conforme passo a fundamentar.

De fato, reconhece-se que a Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso II, cria a regra do concurso público, ao dispor que a investidura em cargo ou emprego público depende de provas ou de provas e títulos, com a ressalva que possibilita as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Tem-se que o artigo 2º da citada lei não está criando cargo público. Apenas se refere à possibilidade de um regime de plantão remunerado, em benefício de quem já exerce atribuição pública. Logo, o exercício dessa função remunerada, se realizada por agentes ligados à Secretaria Municipal de Saúde, a meu ver, não configura, por si só burla à regra do concurso público. É claro que, em cada caso concreto em que será realizada a escolha do médico plantonista, deverá o órgão público utilizar-se de critérios que configuram isonomia ao ato.

Quanto ao artigo 4º da lei, penso que, de fato, há uma contradição entre parte de seu texto com o artigo 37, inciso II da Constituição Federal. O trecho incompatível com dispositivo expresso da Constituição é o seguinte:

...e excepcionalmente, aos médicos não vinculados à Secretaria Municipal de Saúde de Conceição do Castelo, quando convidados para a prestação de serviços médicos em regime de plantão, em decorrência de cargo vago, falta ou afastamento legal do titular.

Assim, nesse particular, tem a Área Técnica razão, conforme parte da instrução que transcrevemos abaixo, e adotamos como razões de decidir, para considerar o trecho acima destacado como incompatível diante do parâmetro constitucional, a saber, artigo 37, II da Constituição Federal:

Instrução Técnica Conclusiva 01486/2018-3:

O art. 4º ainda possibilita que médicos não vinculados à Secretaria Municipal de Saúde sejam convidados para a prestação de serviços médicos em regime de plantão, em decorrência de cargo vago, falta ou afastamento legal do titular.

A própria lei usa termos que claramente denotam o descumprimento ao art. 37, II, da CF. Inadmissível que médico seja CONVIDADO, sem a utilização de qualquer critério ou seleção desses profissionais. Visa suprir ainda “cargo vago, falta ou afastamento legal do titular”, claramente pra substituir ocupante de cargo, em patente inconstitucionalidade.

Desta forma, afigura-se em tela a inconstitucionalidade material, já que se trata de vício material, ou seja, diz respeito ao conteúdo substantivo da norma, originando-se da violação ao princípio do concurso público estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Luís Roberto Barroso discorre sobre o tema ao tecer as seguintes considerações:

“A inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre lei ou ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional (...) ou com um princípio constitucional (...).

O reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo, seja em decorrência de desvio formal ou material, produz a mesma consequência jurídica: a invalidade da norma, cuja tendência será ter sua eficácia paralisada”⁴.

A defesa sustenta:

“as modalidades de contratação nela previstas não são inconstitucionais por si só, uma vez que estão previstas formas de contratação subsidiárias, de forma que a contratação temporária mediante processo seletivo simplificado só está prevista em caso de não preenchimento de vagas em concurso público e assim por diante.

Em momento algum na referida lei há qualquer menção quanto a se tratar de contratações subsidiárias. Ainda que houvesse, elas também

⁴ Barroso, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 29.

seriam inconstitucionais, já que a regra é o concurso público. Tampouco menciona que a referida norma serve para realizar contratação temporária mediante processo seletivo simplificado. Expressamente fala-se em “convidar” profissional médico.

Ademais, a contratação temporária visa atender necessidade transitória de excepcional interesse público. A lei que disciplina esse tipo de contratação, que claramente não é a lei ora tratada, deve estabelecer regras que assegurem a excepcionalidade da medida, a fim de que não seja regra geral, além de fixar as hipóteses de seleção pública.

3. DISPOSITIVO

Diante do exposto, divergindo parcialmente do entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de deliberação que submeto à sua consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA
Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. NEGAR EXEQUIBILIDADE ao seguinte trecho do art. 4º da Lei 1.459/2011, do município de Conceição do Castelo, pelos fundamentos expostos no voto do relator, formando o respectivo prejudgado com fulcro no artigo 335 do Regimento Interno:

...e excepcionalmente, aos médicos não vinculados à Secretaria Municipal de Saúde de Conceição do Castelo, quando convidados para a prestação de serviços médicos em regime de plantão, em decorrência de cargo vago, falta ou afastamento legal do titular.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 26/11/2019 – 41ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Domingos Augusto Taufner (vice-presidente no exercício da presidência), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Rodrigo Coelho do Carmo e Sérgio Manoel Nader Borges.

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Vice-presidente no exercício da presidência

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

LUCIANO VIEIRA

Procurador-geral do Ministério Público de Contas

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das sessões