



Acórdão 01717/2019-9 - Plenário

Processos: 09153/2013-1, 03923/2016-4

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Denúncia

UG: SEGER - Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Interessado: IDENTIDADE PRESERVADA

Responsável: AMINTHAS LOUREIRO JUNIOR, PABLO RODNITZKY, RODRIGO FRANCISCO DE PAULA

Procuradores: Christian Rodnitzky, Katherine Rodnitzky Nunes, HUGO OTTONI PASSOS

Procuradores: Christian Rodnitzky, Katherine Rodnitzky Nunes, HUGO OTTONI PASSOS

**DENÚNCIA – PROCEDÊNCIA PARCIAL -
RECONHECER INCONSTITUCIONALIDADE
PARCIAL - REJEITAR PARCIALMENTE RAZÕES DE
JUSTIFICATIVAS – RECOMENDAR - CIENTIFICAR –
ARQUIVAR**

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

RELATÓRIO

Tratam os autos de denúncia subscrita pelo Presidente do Sindicato dos Trabalhadores e Servidores Público do Estado do Espírito Santo – SINDIPÚBLICOS em que questiona a constitucionalidade das Leis Complementares Estaduais nº 672/2013 e 677/2013, as quais criaram, respectivamente, os cargos de cuidador e de assistente de gestão.

A Manifestação Técnica Preliminar MTP 610/2013 (fls. 61-68), datada de 17/12/2013, cujo conteúdo, em síntese, restringe-se à sugestão de acolhimento do feito como denúncia, de notificação do então Secretário de Estado da Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos (SEGER), Sr. Pablo Rodnitzky, para apresentar as ações de gestão para realização do concurso público a fim de preencher os cargos elencados nas Leis Complementares 672/2013 e 677/2013 e, por último, de determinar, caso não haja ações de gestão para a realização de concurso público, a adoção das providências a fim de que se cumpra o art. 37, II, da CF no caso em estudo.

A Decisão Monocrática Preliminar DECM 90/2014 (fls. 70-72) recebeu o feito como Denúncia e determinou a notificação do então Secretário de Estado de Gestão e Recursos Humanos para, no prazo de 30 dias, apresentar as ações de gestão tomadas para a abertura de concurso público a fim de preencher as referidas vagas criadas.

O agente público notificado protocolou tempestivamente seus esclarecimentos (fls. 75-79). Em seguida, a Manifestação Técnica Preliminar 341/2014 (fls. 84-92), datada de 17/06/2014, sugeriu a realização de diligência a fim de averiguar a regularidade das contratações temporárias efetivamente realizadas, tendo em vista a existência de indícios de inobservância da regra constitucional do concurso público.

Cumprida a diligência, em 11/09/2014, foi apresentado o Relatório de Fiscalização RA-D 14/2014 (fls. 102 - 116), acompanhado de documentos (fls. 117-186), que elencou como indício de irregularidade o não cumprimento da regra do concurso público, estabelecida no art. 37, II, da CF, na contratação para as funções de Cuidador e de Assistente de Gestão.

As razões de justificativas do Sr. Pablo Rodnitzky foram juntadas às fls. 213/223 e as do Sr. Aminthas Loureiro Junior às fls. 233/264.

Por sua vez, a Instrução Técnica Conclusiva ITC 5149/2015 concluiu:

4 CONCLUSÃO / RESPONSABILIDADES

4.1 Por todo o exposto e com base no inciso II¹, do artigo 95, da Lei Complementar Estadual 621/2012, sugere-se que seja reconhecida a PROCEDENCIA da presente denúncia, tendo em vista o reconhecimento das seguintes irregularidades:

¹ Art. 95. Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida ao Plenário, que decidirá:

4.1.1. Violação ao princípio do concurso público caracterizada pela contratação por tempo determinado para atender necessidade permanente da administração direta estadual, conforme narrado no item 3.1 desta Instrução Técnica Conclusiva,

Base legal: art. 37, inciso II da Constituição Federal de 1988;

Responsáveis:

Aminthas Loureiro Junior – Secretário de Estado da SEGER

Pablo Rodnitzky - Secretário de Estado da SEGER

4.2. Posto isso e diante do preceituado no art. 319, parágrafo único, inciso IV, da Res. TC 261/13, conclui-se, opinando por:

4.2.1 Preliminarmente, em sede de incidente de inconstitucionalidade, com fulcro no art. 333², § 2º, do RITCEES (Res. TC 261/2013), argui-se a inconstitucionalidade dos artigos 15, 16 e 1º, § 1º da Lei Complementar Estadual 672/2013 e dos artigos 13, 14 e 1º § 1º da Lei Complementar Estadual 677/2013, vigente no Estado do Espírito Santo, que, ao permitir a contratação temporária de servidores para exercerem atividades típicas e permanentes do Estado, sem a observação do concurso público, em nosso entender, transgrediu a vedação contida no inciso II, do art. 37, da Constituição da República. Dessa forma, sugere-se ao Plenário desta E. Corte de Contas, que seja declarada a inconstitucionalidade dos artigos 15, 16 e 1º, § 1º da Lei Complementar Estadual 672/2013 e dos artigos 13, 14 e 1º § 1º da Lei Complementar Estadual 677/2013, por flagrante ofensa ao disposto no inciso II do art. 37 da Lei Maior.

4.2.2. Rejeitar parcialmente as razões de justificativas dos senhores Aminthas Loureiro Junior e Pablo Rodnitzky, em razão da irregularidade disposta no item 3.1 desta Instrução Técnica Conclusiva sugerindo a não aplicação de multa aos responsáveis com amparo na presunção de constitucionalidade das leis 672/2013 e 677/2013 e o dever legal do agente público só fazer o que a lei permite ou determina (princípio da legalidade estrita);

3.2.7. Recomendar, com base no inciso XXXVI³, do artigo 1º, da Lei Complementar 621/2012, para que o atual gestor tome as providências necessárias a fim de promover concurso público para preenchimento dos cargos vacantes de Cuidador e de Assistente de Gestão;

3.2.8. Por fim, sugere-se que seja dada CIÊNCIA ao signatário da representação do teor da decisão final a ser proferida, conforme preconiza o §3º⁴, do artigo 91, da Resolução TC 182/2002 (Regimento Interno do TCEES).

I – pela improcedência, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade

II - pela procedência, quando constatada ilegalidade ou irregularidade, com a incidência das medidas cabíveis e a aplicação das sanções previstas em lei.

² **Art. 333.** O incidente será apresentado em Plenário, com a explanação da matéria, pelo Presidente, pelos Conselheiros ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, dependendo da iniciativa da arguição.

§ 1º Poderão ainda arguir o incidente os Auditores, por ocasião da apreciação ou julgamento.

§ 2º Na fase de instrução, as unidades técnicas poderão propor a arguição de incidente de inconstitucionalidade (grifou-se).

³ 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:

[...]

XXXVI - expedir recomendações para a correção de impropriedades verificadas no exercício do controle externo;

⁴ Art. 91. *omissis.*

[...]

§ 3º Em qualquer hipótese, após decisão final pelo Plenário, será dada ciência aos interessados.

Em 20 de outubro de 2015.

O Ministério Público de Contas elaborou o Parecer Ministerial PPJC 6680/2013 (fls. 297/298) de autoria do Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, oportunidade em que anuiu aos argumentos delineados na ITC 5149/2015.

Posteriormente, em razão do apensamento do Processo TC 3923/2016 a estes autos, o feito seguiu, novamente, para o Ministério Público de Contas que exarou o Parecer Ministerial 2229/2016 (fls. 310/312), reiterando a proposta de julgamento constante no parecer de fls. 297/298, por se tratar de causas conexas.

Após a realização de sustentação oral, (fls. 329 a 332) os autos retornaram à área técnica que produziu a Manifestação Técnica 1468/2017 (fls. 342 a 360), oportunidade em que elaborou a seguinte conclusão:

CONCLUSÃO

4.1 Pelo exposto no item 3.1 da presente manifestação técnica, opina-se pela modificação do entendimento apresentado no item 4.1 da ITC 5149/2015, a fim de que seja reconhecida a **PROCEDÊNCIA PARCIAL** da denúncia em razão de procedência do feito em relação ao cargo de Assistente de Gestão e de improcedência em relação ao cargo de Cuidador, com base no artigo 178⁵ da Resolução TC 261/2013.

4.2 Pelo exposto no item 3.1 da presente manifestação técnica, opina-se pela **modificação do entendimento** apresentado no item 4.2.1 da ITC 5149/2015, a fim de que, preliminarmente, seja reconhecida, em sede de incidente de inconstitucionalidade, com fulcro no art. 333, § 2º, do RITCEES (Res. TC 261/2013), tão somente a **inconstitucionalidade dos artigos 13, 14 e 1º § 1º da Lei Complementar Estadual 677/2013**, vigente no Estado do Espírito Santo, que, ao permitir a contratação temporária de servidores para exercerem atividades típicas e permanentes do Estado (do cargo de Assistente de Gestão), sem a observação do concurso público, em nosso entender, **transgrediu a vedação contida no inciso II, do art. 37, da Constituição da República**. Dessa forma, sugere-se ao Plenário desta E. Corte de Contas, que seja declarada a inconstitucionalidade dos artigos 13, 14 e 1º § 1º da Lei Complementar Estadual 677/2013, por flagrante ofensa ao disposto no inciso II do art. 37 da Lei Maior.

4.3 Acatar parcialmente as razões de justificativas dos senhores Aminthas Loureiro Junior e de seu procurador, Dr. Hugo Ottoni Passos, de maneira a considerar constitucional e regular a contratação de pessoas sob regime temporário para o exercício do cargo de Cuidador, tal qual tratado no item 3.1 desta Manifestação Técnica.

4.4 Manter a rejeição parcial das razões de justificativas dos senhores Aminthas Loureiro Junior e Pablo Rodnitzky, em razão da irregularidade disposta no item 3.1 da Instrução Técnica Conclusiva ITC 5149/2015, sugerindo a **não aplicação de multa** aos responsáveis

⁵ Art. 178. Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida à Câmara ou ao Plenário, que decidirá: (Redação dada pela Emenda Regimental nº 006, de 29.3.2016).

I - pela improcedência, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade;

II - pela procedência, quando constatada ilegalidade ou irregularidade, com a incidência das medidas cabíveis e a aplicação das sanções previstas em lei.

com amparo na presunção de constitucionalidade da Lei Complementar Estadual 677/2013 e o dever legal do agente público só fazer o que a lei permite ou determina (princípio da legalidade estrita);

4.5 Modificar o entendimento exposto no item 3.2.7 da ITC 5149/2015, a fim de recomendar, com base no inciso XXXVI, do artigo 1º, da Lei Complementar 621/2012, para que o atual gestor tome as providências necessárias a fim de promover concurso público apenas para preenchimento dos cargos vacantes de Assistente de Gestão;

4.6 Manter a sugestão do item 3.2.8 da ITC 5149/2015, a fim de que seja dada CIÊNCIA ao signatário da Denúncia do teor da decisão final a ser proferida.

4.7 Após, sugere-se o **prosseguimento do julgamento do feito**, na forma do artigo 329⁶, §3º da Resolução TC 261/2013.

E, por fim, o *Parquet* de Contas elaborou o **Parecer Ministerial 643/2019** (fls. 364 a 369) e concluiu:

3 CONCLUSÃO

Logo, o Ministério Público de Contas, em consonância com os apontamentos da Equipe de Auditoria, mas divergindo parcialmente do Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC, em sede de Manifestação Técnica 1468/2017-7, pugna pela manutenção da seguinte irregularidade: “3.2 - *Violação ao princípio do concurso público caracterizada pela contratação por tempo determinado para atender necessidade permanente da administração direta estadual. 3.2.1 – Da contratação para a função de Cuidador*” (Relatório de Fiscalização RA-D 14/2014).

Quanto aos demais aspectos, corrobora-se com a abordagem da Equipe Técnica disposta na Instrução Técnica Conclusiva ITC 5149/2015.

Em sequência, a Decisão 783/2019-4 (fls. 380 a 386) do Plenário desta Corte de Contas assim decidiu:

1.1. CONVERTER o julgamento em diligência com a conseqüente notificação do Procurador Geral do Estado, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, se manifeste sobre suposta inconstitucionalidade das Leis Complementares Estaduais 677/2013 e 672/2013, permitindo,

⁶ Art. 329. A apreciação e julgamento dos processos sob a jurisdição do Tribunal observarão as normas relativas aos ritos especiais previstos neste Regimento.

§ 1º O parecer prévio será emitido pela aprovação, pela aprovação com ressalva ou pela rejeição das contas, nos termos dos arts. 118 e 124 deste Regimento.

§ 2º As contas serão julgadas regulares, regulares com ressalva ou irregulares, nos termos dos arts. 161, 162 e 163 deste Regimento.

§ 3º Os processos de fiscalização relativos à denúncia ou representação, inclusive em face de licitação, ato e contrato, serão apreciados pela improcedência ou pela procedência, nos termos do art. 178 e sem prejuízo da observância do disposto no art. 207, ambos deste Regimento.

§ 4º Os processos de fiscalização relativos a atos de pessoal serão decididos nos termos do art. 224 deste regimento.

§ 5º As consultas serão decididas nos termos do art. 237 deste Regimento.

§ 6º Os demais processos de fiscalização serão apreciados nos termos do art. 207 deste Regimento.

§ 7º Em todas as hipóteses, o Tribunal poderá expedir recomendações, com o objetivo de contribuir para as boas práticas administrativas dos órgãos e entidades jurisdicionados, bem como determinações para o exato cumprimento da lei, sem prejuízo de outras providências cabíveis.

§ 8º Os processos de fiscalização convertidos em tomada de contas especial em que, por ocasião do julgamento, for afastada a imputação de ressarcimento de valores, subsistindo, no entanto, a irregularidade, deverão ser desconvertidos para serem apreciados como processo de fiscalização, apenas quanto aos responsáveis que se enquadrem nessa hipótese.

assim, aprofundar a análise do caso em apreço, na forma do art. 288, VI do RITCEES, em consonância com o artigo 63, inciso III, da Lei Complementar nº 621/2012.

Assim, o Procurador Geral, Sr. Rodrigo Francisco de Paula, apresentou **Manifestação** (fls. 393 a 419) acompanhada de **Nota Técnica da SEGER** (fls. 420 a 428), bem como a relação dos contratados sob regime temporário (fls. 429 a 447) e Decisão da **Procuradoria Geral de Justiça** (fls. 449 a 468) acerca do tema.

Ato contínuo, o Relator determinou no **Despacho 24484/2019-1** (fl. 469) a apreciação técnica dos documentos e manifestações juntadas pelo Ministério Público de Contas e pela Procuradoria Geral do Estado, razão pela qual foi elaborada a **Manifestação Técnica 10524/2019 que elaborou a seguinte conclusão:**

4. CONCLUSÃO

4.1. Pelo exposto na presente manifestação técnica, opina-se pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** da denúncia, com base no art. 178⁷ da Resolução TC 261/2013. Assim, ratifica-se o entendimento expresso na MT 1468/2017-7 em relação ao cargo de Cuidador, opinando-se pela improcedência da denúncia. Já em relação ao cargo de Assistente de Gestão, modifica-se o entendimento da MT 1468/2017-7, de maneira a opinar pela procedência parcial da denúncia, uma vez que a regra teve caráter transitório e foi em curto período substituída pela Lei Complementar 809/2015, mais adequada a reger a situação;

4.2. Pelo exposto na MT 1468/2017-7, ratifica-se o opinamento pela **modificação do entendimento** apresentado no item 3.2 da ITC 5149/2015, a fim de que, preliminarmente, seja reconhecida, em sede de incidente de inconstitucionalidade, com fulcro no art. 333, § 2º, da Res. TC 261/2013, tão somente a **inconstitucionalidade dos arts. 1º, § 1º, 13 e 14 da Lei Complementar Estadual 677/2013**, vigente no Estado do Espírito Santo, que, ao permitir a contratação temporária de servidores para exercerem atividades típicas e permanentes do Estado (do cargo de Assistente de Gestão), sem a observação do concurso público, em nosso entender, **transgrediu a vedação contida no inciso II do art. 37 da CF**. Dessa forma, sugere-se ao Plenário desta E. Corte de Contas que seja negada a aplicação dos dispositivos em comento, por flagrante ofensa ao disposto no inciso II do art. 37 da Lei Maior;

4.3. **Ratifica-se**, também, o **acatamento parcial** exposto na MT 1468/2017-7 das razões de justificativas dos Srs. Aminthas Loureiro Junior e Hugo Ottoni Passos (Procurador), de maneira a considerar constitucional e regular a contratação de pessoas sob regime temporário para o exercício do cargo de Cuidador, tal qual tratado no item 3.1 da aludida MT 1468/2017-7;

4.4. **Ratifica-se**, ainda, a **manutenção da rejeição parcial** das razões de justificativas dos Srs. Aminthas Loureiro Junior e Pablo Rodnitzky, exposta na MT 1468/2017-7, em razão da irregularidade disposta no item 3.1 da ITC 5149/2015, sugerindo-se a **não aplicação de multa** aos responsáveis, com amparo na presunção de constitucionalidade da Lei Complementar 677/2013, no dever legal do agente público só fazer o que a lei permite ou

⁷ Art. 178. Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida à Câmara ou ao Plenário, que decidirá: (Redação dada pela Emenda Regimental nº 006, de 29.3.2016).

I - pela improcedência, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade;

II - pela procedência, quando constatada ilegalidade ou irregularidade, com a incidência das medidas cabíveis e a aplicação das sanções previstas em lei.

determina (princípio da legalidade estrita) e na constatação da transitoriedade da Lei Complementar 677/2015, comprovada nos documentos e manifestações autuadas;

4.5. Sugere-se a expedição de **recomendação** ao atual gestor do jurisdicionado para que tome as providências necessárias a fim de cumprir o determinado no art. 1º da Lei Complementar 809/2015 em relação ao cargo de Assistente de Gestão, com base no inciso XXXVI do art. 1º da Lei Complementar Estadual 621/2012, exigindo e cumprindo com rigidez e responsabilidade os prazos e metas estabelecidos naquele regramento;

4.6. Ratifica-se a sugestão do item 3.2.8 da ITC 5149/2015, a fim de que seja dada CIÊNCIA ao signatário da Denúncia do teor da decisão final a ser proferida;

4.7. Por fim, sugere-se o **prosseguimento do julgamento do feito**, na forma do art. 329⁸, § 3º, da Resolução TC 261/2013.

Em 27 de agosto de 2019.

O *Parquet* de Contas elaborou o parecer 4979/2019, da lavra do Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, e anuiu aos argumentos fáticos e jurídicos delineados na Manifestação Técnica 3939/2019, senão vejamos:

O **Ministério Público de Contas**, por meio da 3ª Procuradoria Especial de Contas, no exercício de suas atribuições institucionais, **anui** aos argumentos fáticos e jurídicos delineados na **Manifestação Técnica 03939/2019-4**, fls. 470/494, cuja proposta de encaminhamento encontra-se abaixo transcrita:

4. CONCLUSÃO

4.1. Pelo exposto na presente manifestação técnica, opina-se pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** da denúncia, com base no art. 178 da Resolução TC 261/2013. Assim, ratifica-se o entendimento expresso na MT 1468/2017-7 em relação ao cargo de Cuidador, opinando-se pela improcedência da denúncia. Já em relação ao cargo de Assistente de Gestão, modifica-se o entendimento da MT 1468/2017-7, de maneira a opinar pela procedência parcial da denúncia, uma vez que a regra teve caráter transitório e foi em curto período substituída pela Lei Complementar 809/2015, mais adequada a reger a situação;

4.2. Pelo exposto na MT 1468/2017-7, ratifica-se o opinamento pela **modificação do entendimento** apresentado no item 3.2 da ITC 5149/2015, a fim de que, preliminarmente, seja reconhecida, em sede de incidente de inconstitucionalidade, com fulcro no art. 333, §

⁸ Art. 329. A apreciação e julgamento dos processos sob a jurisdição do Tribunal observarão as normas relativas aos ritos especiais previstos neste Regimento.

§ 1º O parecer prévio será emitido pela aprovação, pela aprovação com ressalva ou pela rejeição das contas, nos termos dos arts. 118 e 124 deste Regimento.

§ 2º As contas serão julgadas regulares, regulares com ressalva ou irregulares, nos termos dos arts. 161, 162 e 163 deste Regimento.

§ 3º Os processos de fiscalização relativos à denúncia ou representação, inclusive em face de licitação, ato e contrato, serão apreciados pela improcedência ou pela procedência, nos termos do art. 178 e sem prejuízo da observância do disposto no art. 207, ambos deste Regimento.

§ 4º Os processos de fiscalização relativos a atos de pessoal serão decididos nos termos do art. 224 deste regimento.

§ 5º As consultas serão decididas nos termos do art. 237 deste Regimento.

§ 6º Os demais processos de fiscalização serão apreciados nos termos do art. 207 deste Regimento.

§ 7º Em todas as hipóteses, o Tribunal poderá expedir recomendações, com o objetivo de contribuir para as boas práticas administrativas dos órgãos e entidades jurisdicionados, bem como determinações para o exato cumprimento da lei, sem prejuízo de outras providências cabíveis.

§ 8º Os processos de fiscalização convertidos em tomada de contas especial em que, por ocasião do julgamento, for afastada a imputação de ressarcimento de valores, subsistindo, no entanto, a irregularidade, deverão ser desconvertidos para serem apreciados como processo de fiscalização, apenas quanto aos responsáveis que se enquadrem nessa hipótese.

2º, da Res. TC 261/2013, tão somente a **inconstitucionalidade** dos **arts. 1º, § 1º, 13 e 14 da Lei Complementar Estadual 677/2013**, vigente no Estado do Espírito Santo, que, ao permitir a contratação temporária de servidores para exercerem atividades típicas e permanentes do Estado (do cargo de Assistente de Gestão), sem a observação do concurso público, em nosso entender, **transgrediu a vedação contida no inciso II do art. 37 da CF**. Dessa forma, sugere-se ao Plenário desta E. Corte de Contas que seja negada a aplicação dos dispositivos em comento, por flagrante ofensa ao disposto no inciso II do art. 37 da Lei Maior;

4.3. Ratifica-se, também, o **acatamento parcial** exposto na MT 1468/2017-7 das razões de justificativas dos Srs. Aminthas Loureiro Junior e Hugo Ottoni Passos (Procurador), de maneira a considerar constitucional e regular a contratação de pessoas sob regime temporário para o exercício do cargo de Cuidador, tal qual tratado no item 3.1 da aludida MT 1468/2017-7;

4.4. Ratifica-se, ainda, a **manutenção da rejeição parcial** das razões de justificativas dos Srs. Aminthas Loureiro Junior e Pablo Rodnitzky, exposta na MT 1468/2017-7, em razão da irregularidade disposta no item 3.1 da ITC 5149/2015, sugerindo-se a **não aplicação de multa** aos responsáveis, com amparo na presunção de constitucionalidade da Lei Complementar 677/2013, no dever legal do agente público só fazer o que a lei permite ou determina (princípio da legalidade estrita) e na constatação da transitoriedade da Lei Complementar 677/2015, comprovada nos documentos e manifestações autuadas;

4.5. Sugere-se a expedição de **recomendação** ao atual gestor do jurisdicionado para que tome as providências necessárias a fim de cumprir o determinado no art. 1º da Lei Complementar 809/2015 em relação ao cargo de Assistente de Gestão, com base no inciso XXXVI do art. 1º da Lei Complementar Estadual 621/2012, exigindo e cumprindo com rigidez e responsabilidade os prazos e metas estabelecidos naquele regramento;

4.6. Ratifica-se a sugestão do item 3.2.8 da ITC 5149/2015, a fim de que seja dada **CIÊNCIA** ao signatário da Denúncia do teor da decisão final a ser proferida;

4.7. Por fim, sugere-se o **prosseguimento do julgamento do feito**, na forma do art. 329, § 3º, da Resolução TC 261/2013.

Por derradeiro, com fulcro no inc. IIIº do art. 41 da Lei 8.625/93, bem como no parágrafo único¹⁰ do art. 53 da Lei Complementar nº 621/12, reserva-se o direito de manifestar-se oralmente em sessão de julgamento, em defesa da ordem jurídica.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

9 **Art. 41.** Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:

III - ter vista dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras e **intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato;**

10 **Art. 53.** São partes no processo o responsável e o interessado, que poderão praticar os atos processuais diretamente ou por intermédio de procurador regularmente constituído.

Parágrafo único. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas terá os mesmos poderes e ônus processuais do responsável e do interessado, **observadas, em todos os casos, as prerrogativas asseguradas em lei.**

Ao analisar os autos, verifica-se que uma abordagem minuciosa e precisa encontra-se estampada na **Manifestação Técnica 10524/2019**, de modo que as faço parte integrante deste Voto, reproduzindo-as logo abaixo:

(...)

Nota-se que as ponderações da Procuradoria Geral do Estado visam expor, justificar e demonstrar que a Lei Complementar 809/2015 visa conciliar as questões de fato, gerenciais e organizacionais com os preceitos constitucionais. Assim, as questões envolvendo as Leis Complementares 672/2013 e 677/2013 são tratadas como secundárias pelo órgão consultivo.

Em verdade, tem razão o Procurador Geral quanto à limitação dos efeitos da declaração de constitucionalidade envolvendo as Leis Complementares 672/2013 e 677/2013, porque ambas já foram revogadas.

Em relação às preliminares apresentadas, há de se reconhecer que a causa da denúncia é a abertura de certame (fls. 19 a 23 e 32 a 57) para a contratação temporária de profissionais, com base na criação de leis que trazem previsão de contratações temporárias.

Desse modo, entende-se que o questionamento sustentado pelo denunciante não se atém à inconstitucionalidade em abstrato, mas à publicação de certames públicos que, no entender do denunciante, afrontam regras constitucionais. Fato é que o denunciante questiona os certames de contratação temporária (Editais de processo seletivo simplificado 10/2013 e 17/2013) e traz tais documentos aos autos.

A vinculação a editais dá contornos de facticidade à Denúncia, bem como à apuração promovida, consoante se confere no texto da MTP 610/2013 (fl. 62). Portanto, em momento algum esta Corte de Contas extrapolou suas competências de julgamento e apuração.

Além disso, cabe verificar que este Tribunal de Contas detém competência para afastar a excoutoriedade dos regramentos em análise, de modo que é possível a apreciação da constitucionalidade pela via difusa por parte desta Corte, consoante determina a Constituição Federal¹¹ que coloca como múnus público desta Corte a fiscalização externa, de maneira a

¹¹ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

garantir a devida obediência à ordem jurídica vigente.

Ao adentrar no tema, percebe-se que o controle de constitucionalidade caracteriza-se, em princípio, como o procedimento estabelecido pela Constituição Federal, a fim de manter sua supremacia e a unidade do ordenamento.

A superioridade hierárquica da Constituição e o controle concreto promovido, utilizando-se como base o seu texto, são previstos no Brasil, implicitamente, desde a Constituição Republicana de 1891, e tem inspiração na Constituição dos Estados Unidos da América, graças à influência de Rui Barbosa.

O caso de origem norte-americana *Marbury vs Madison* (1803) marca a supremacia constitucional, destacando seu papel de norma fundante e o seu atributo de controlar os demais atos e diplomas legislativos, de forma que todos os atos e leis que a contrariam são nulos.

Dessa forma, toda lei que confronte a Constituição é nula de pleno direito e não pode ser aplicada, sob pena de ofensa direta à norma fundante e ao próprio ordenamento pátrio.

Existem dois tipos de controle de constitucionalidade previstos no país: o concentrado e o difuso. O controle concentrado é de competência originária do STF (art. 102, I, "a", da CF) no âmbito da Constituição Federal e do Tribunal de Justiça no âmbito da Constituição Estadual e da lei municipal (parâmetro). O exame é feito no regramento em abstrato, desvinculado do caso concreto, por meio de ação própria proposta por rol exposto de legitimados, com o objetivo específico de se obter a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade da lei. A apreciação da constitucionalidade é o objetivo primário do processo, constituindo seu mérito.

Já o controle difuso, também chamado "incidental" ou concreto, é exercido no curso do processo do qual tenha sido suscitada a inconstitucionalidade, sendo competente todo e qualquer juiz ou tribunal ordinário ou especial. A questão constitucional, no controle difuso, é meramente prejudicial da análise da causa principal. Ou seja, o objetivo não é atacar diretamente a norma eivada de vício, mas solucionar a questão constitucional como condição necessária para se analisar o 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 uníssonas 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 STF 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".

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

Portanto, conforme definido na Súmula em epígrafe, 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 principal. (BARROSO, 2004, p. 75).

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 precípuo 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.

Cabe destacar que a competência desta Corte de Contas para decidir sobre incidente de inconstitucionalidade encontra-se expressa no inciso XXXV do art. 1º da Lei Complementar Estadual 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:

(...)

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

Nesse sentido, resta clara a competência desta Corte de Contas para apreciar, de forma incidental ou concreta, a constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público, a fim de verificar, no caso concreto, se os editais públicos questionados eram inconstitucionais ou não.

Em relação à notificação de gestores, cumpre tecer breves explanações acerca do processo dentro desta Corte de Contas. A notificação promovida pelo TCEES é diferente da citação. De maneira simples, cita-se para a apresentação de defesa em relação a irregularidade aventada contra o citado, e a notificação geralmente visa a juntada de documentos e esclarecimentos sobre caso em apreciação por esta Corte.

Por efeito, a notificação isoladamente não conduz o notificado ao polo passivo da demanda, tampouco atribui a ele irregularidades ou condutas irregulares. Desse modo, não há qualquer óbice à notificação de gestores que não praticaram os atos impugnados.

Vencidas as questões preliminares levantadas pelo Procurador Geral do Estado, volta-se à apreciação do teor da manifestação do Parquet (fls. 364 a 369). Entende-se, por oportuno, destacar que o fato de se entender pela regularidade da contratação não implica admitir que se admite que essa contratação seja feita sem observação dos princípios da isonomia, da publicidade, da imparcialidade e demais princípios e regras que direcionam, limitam e subsidiam as contratações públicas nesta ordem constitucional.

Feito o necessário esclarecimento, entende-se que a cautela do Ministério Público de Contas está

consistentemente atendida na garantia de cumprimento dos preceitos constitucionais e legais que regem os concursos públicos e devem estar presentes nos certames públicos de contratação de servidores temporários, resguardadas as diferenças entre ambos.

Em relação ao objeto dos autos, que são as contratações feitas com base nas Leis Complementares 672/2013 e 677/2013, reitera-se o exposto na Manifestação Técnica 1468/2017, por seus próprios argumentos:

3.1 ALEGAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE E REGULARIDADE DA CONTRATAÇÃO DE PESSOAS SOB REGIME TEMPORÁRIO PARA O EXERCÍCIO DO CARGO DE CUIDADOR

A sustentação oral do patrono do defendente e do próprio Sr. Aminthas Loureiro Júnior trouxe importantes considerações acerca das peculiaridades e dos fatos e dificuldades quotidianas que envolvem o cargo de cuidador, tal qual sintetizado no item acima:

. Muitas vezes era difícil dimensionar o número de cuidadores necessários. Essa dificuldade era ainda maior porque esses cuidadores não tinham sempre as mesmas atribuições. Havia ocupantes do cargo de cuidador servidores públicos com obrigações completamente diferentes, os quais supriam necessidades sumariamente diferentes. Nesse sentido, havia tipos diferentes de cuidadores. Por exemplo: crianças autistas demandam cuidados e cuidadores com certas atribuições, já crianças tetraplégicas demandam cuidados e cuidadores com atribuições distintas. Assim como deve-se levar em consideração questões como: Como um cuidador de sexo diferente do estudante portador de necessidade especial pode levar ele ao banheiro, ou dar-lhe um banho. Essa situação não causaria constrangimento do estudante ou das outras pessoas que frequentam o banheiro dividido em sexos?

. O atendimento de cada estudante dentro de suas necessidades especiais e características individuais requer um cuidador com características e habilidades capazes de suprir aquela demanda individual. Por isso tão difícil de lidar com essa demanda de cuidadores em diferentes quantidades e para atender diferentes necessidades e realidades.

. Há necessidade de que esses cuidadores estejam próximos ao estudante demandante, a fim de que se evite que se tenha um desatendimento por uma chuva ou um problema no transporte.

. Existem demandas sazonais como no período de colheita de café em Pedro Canário. Finda a demanda, o que se fará com o cuidador em Pedro Canário, por exemplo?

Ambas as defesas são taxativas na proposta de demonstrarem que o concurso público é incompatível e não é a melhor solução e a solução que melhor atende aos estudantes com necessidades especiais nas escolas.

Seus fundamentos se baseiam em demonstrações através de argumentações lógicas, acessíveis apenas a partir da experiência obtida com a vivência diária do problema. A retórica de ambos os expoentes visava demonstrar que cada criança/adolescente terá um tipo de necessidade e características individuais, as quais podem se modificar em um intervalo de tempo curtíssimo, período este em que deve ter seu direito à educação respeitado e plenamente atendido.

A defesa é clara no sentido de que, quando se tem como foco o melhor interesse da criança e do adolescente e o direito destes à educação, deve-se admitir que a dinâmica que envolve a vida, as características individuais e as demandas dessas crianças e adolescentes com necessidades especiais temporárias ou permanentes

não consegue ser atendida com a estrutura objetiva, complexa e taxativa dos concursos públicos.

Então, nos discursos expostos em defesa oral, o que se propôs foi demonstrar que, no caso, o administrador estava diante de dois princípios constitucionais contrapostos, o princípio do concurso público e o princípio do melhor interesse do menor (o qual abarca o direito de acesso à educação e a proteção integral), ambos com previsão constitucional:

Melhor interesse da criança/adolescente:

Art. 227. **É dever** da família, da sociedade e **do Estado assegurar** à criança, ao adolescente e ao jovem, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, **à educação**, ao lazer, **à profissionalização**, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 1º **O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem**, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

(...)

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Concurso público:

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;

No pano de fundo da antinomia jurídica acima descrita há dois princípios, um que foca na Administração e outro que foca no atendimento às crianças e adolescentes. A solução desse conflito normativo está expressa no próprio texto constitucional.

O caput do art. 227 traz expressamente que é dever do Estado assegurar com absoluta prioridade o direito à educação de crianças e adolescentes.

Adiante, no §1º, II do mesmo artigo 227 há especificações de como o Estado deve assegurar esse direito através da assistência integral e do atendimento especializado àquelas crianças e àqueles adolescentes que têm necessidades especiais a fim de que possam usufruir de seu direito à educação.

As reflexões trazidas pelo Sr. Aminthas demonstram que para melhor atender aos estudantes com necessidades especiais o concurso público não conseguiria, em um único edital e dentro dos trâmites longos e taxativos que o envolvem, alcançar o melhor interesse dessas crianças e adolescentes, o qual deve ser priorizado frente à princípio do concurso público.

O princípio do melhor interesse do menor fundamenta as normas cogentes que exigem que o Estado promova a educação de todas as crianças e os adolescentes, de maneira a dar tratamentos específicos e especiais àqueles que possuem necessidades especiais, a fim de garantir uma igualdade material entre os menores, e um acesso real ao direito à educação.

Esse acesso real à educação pelos menores com necessidades especiais é a própria materialização da essência da constituição e do respeito da dignidade das pessoas humanas dessas crianças e adolescentes. É uma proteção especial e um dever do Estado de proteger quem não consegue fazê-lo por si só.

A origem do princípio do melhor interesse do menor está no instituto do direito anglo-saxônico do *parens patrie*, no qual o Estado assume a responsabilidade pelos indivíduos considerados juridicamente incapazes, dentre estes incluem-se tanto os menores quanto os portadores de deficiências ou doenças mentais.

Em 1959 o princípio da proteção integral e da prioridade absoluta do menor ganha abrangência e relevância internacional através da Declaração dos Direitos da Criança, que em seu Princípio V traz o seguinte conteúdo¹²:

Princípio V - A criança física ou mentalmente deficiente ou aquela que sofre de algum impedimento social, **deve receber o tratamento, a educação e os cuidados especiais que requeira o seu caso particular.**

Importante destacar que, sobre o foco da garantia do acesso universal ao direito à educação e à igualdade material, o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, assinado em Nova Iorque, em 30 de março de 2007 e recebido no ordenamento nacional segundo os trâmites de emenda constitucional, recebido no Decreto 6949, de 25 de agosto de 2009.

Por tratar de direitos humanos recebidos nos moldes de emenda, os direitos das pessoas com necessidades especiais nele previstos têm estatura constitucional, são direitos fundamentais. O artigo 24 de tal documento segue transcrito:

Artigo 24

Educação

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, **os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis**, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:

(...)

2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:

¹² UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Crianças**. 1959. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf ; Acesso em: 20 out. 2017.

a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;

b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;

c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;

d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;

e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.

3. Os Estados Partes assegurarão às pessoas com deficiência a possibilidade de adquirir as competências práticas e sociais necessárias de modo a facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade. Para tanto, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas, incluindo:

a) Facilitação do aprendizado do braille, escrita alternativa, modos, meios e formatos de comunicação aumentativa e alternativa, e habilidades de orientação e mobilidade, além de facilitação do apoio e aconselhamento de pares;

b) Facilitação do aprendizado da língua de sinais e promoção da identidade lingüística da comunidade surda;

c) Garantia de que a educação de pessoas, em particular crianças cegas, surdocegas e surdas, seja ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados ao indivíduo e em ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social.

4. A fim de contribuir para o exercício desse direito, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e/ou do braille, e para capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino. Essa capacitação incorporará a conscientização da deficiência e a utilização de modos, meios e formatos apropriados de comunicação aumentativa e alternativa, e técnicas e materiais pedagógicos, como apoios para pessoas com deficiência.

5. Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino superior em geral, treinamento profissional de acordo com sua vocação, educação para adultos e formação continuada, sem discriminação e em igualdade de condições. Para tanto, **os Estados Partes assegurarão a provisão de adaptações razoáveis para pessoas com deficiência.**

Pela assinatura da Convenção o Estado brasileiro se obrigou a cumprir o dever de dar cuidados especializados de acordo com as necessidades individuais de cada estudante com necessidade especial.

E é essa individualização, é essa especificidade frente ao respeito a um direito fundamental, essencial ao desenvolvimento humano e de cunho contínuo que não pode esperar. É essa demanda, esse direito fundamental que exige dinâmica do administrador e que torna o concurso público uma alternativa incompatível.

Incompatível pelo complexo, longo e não raro moroso procedimento. Incompatível porque contrata de maneira permanente para atender necessidades breves, mutáveis ou temporárias. Incompatível porque promove gastos não razoáveis e incompatível porque não consegue alcançar com plenitude as necessidades, especificidades e rápidas modificações no âmbito do indivíduo que geram as diferentes demandas.

Ou seja, seu foco não visa o atendimento prioritário ao menor e o respeito ao direito ao acesso à educação pelos estudantes com necessidades especiais. Priorizar o concurso nesse caso seria priorizar o meio em detrimento do fim.

No caso, o cargo de Cuidador apresenta-se como uma hipótese em que há um interesse público excepcional, em que se visa atender a demandas particulares, individualizadas, temporárias (uma criança ou adolescente não fica eternamente numa mesma escola) e indispensáveis (para se garantir o direito à educação e alcançar a igualdade material entre estudantes e estudantes com necessidades especiais é indispensável a contratação de cuidadores com capacidades e características específicas para atender às características e necessidades individuais) de cada estudante portador de necessidade especial.

Portanto, a situação em tela está completamente coberta pelos requisitos abordados no acórdão do STF em razão do julgamento do RE 658026/MG para que configure como interesse público excepcional, tal qual abaixo se confere:

RE	658026/MG	-	MINAS	GERAIS
RECURSO				EXTRAORDINÁRIO
Relator(a):		Min.	DIAS	TOFFOLI
Julgamento:	09/04/2014	Órgão Julgador:	Tribunal Pleno	

Publicação

ACÓRDÃO ELETRÔNICO

DJe-214 DIVULG 30-10-2014 PUBLIC 31-10-2014

Parte(s)

RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECDO.(A/S) : CÂMARA MUNICIPAL DE BERTÓPOLIS

2. Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). **As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente.** 3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, **para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.** 4. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a Constituição Federal. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles, os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência.

Pelo todo exposto, em relação ao cargo de cuidador, merecem prosperar as alegações dos expositores. Nesse sentido, **opina-se pela modificação das conclusões expressas na Instrução Técnica Conclusiva ITC 5149/2015 (fls. 277 - 294)**, sugerindo-se:

. Desconsiderar a opinião de julgar inconstitucional os artigos 15 e 16 da Lei Complementar Estadual 672/2013, de maneira que seja admitida a contratação temporária, desde que respeitados todos os demais princípios¹³ para a contratação de pessoas, uma vez que trata-se de interesse público excepcional.

Assim, pondera-se que a contratação ocorra por meio de processos seletivos permeados de princípios constitucionais, tais como, imparcialidade, isonomia, igualdade material, legalidade, eficiência, mas, que busque atender, com a maior rapidez e eficiência possível, as demandas individuais específicas dos estudantes com necessidades especiais.

. Julgar regular a contratação temporária de pessoas para o cargo de cuidador, através de processo seletivo em que foram respeitados os princípios administrativos de cunho constitucional. Isso porque a contratação de cuidador envolve interesse público excepcional que visa o atendimento prioritário e integral de menores com necessidades especiais, garantindo-lhes pleno acesso e exercício do direito à educação.

. Excluir do item 3.1¹⁴ a contratação de cuidadores através dos artigos 15 e 16 da Lei Complementar Estadual 672/2013.

Em relação ao cargo de Assistente de Gestão, munindo-se de visão ampla acerca dos fatos e anexos autuados, os documentos trazidos na manifestação do Procurador Geral do Estado e na manifestação de técnico da SEGER indicam que, de fato, a opção pela contratação temporária de Assistentes de Gestão em 2013 foi uma opção provisória, precária e inconstitucional, mas que visava atender uma demanda real.

Esta solução encontrada pela Lei Complementar 677/2013 que deu origem ao certame público e contratação de temporários, embora não estivesse embasada no ordenamento jurídico, acolhia

¹³ CF/88, 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:

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

¹⁴ **3.1 Violação ao princípio do concurso público caracterizada pela contratação por tempo determinado para atender necessidade permanente da administração direta estadual.**

Base legal: Art. 37, II da CF/88

Responsáveis:

. AMINTHAS LOUREIRO JUNIOR – Secretário de Estado de Gestão e Recursos Humanos. (03/03/2013 a 09/10/2013)

. PABLO RODNITZKY – Secretário de Estado de Gestão e Recursos Humanos. (10/10/2013 a 12/2014)

Conduta: Realizar contratação temporária de pessoal sem os requisitos da temporariedade e da excepcionalidade quando deveria ter realizado concurso público.

Nexo de causalidade: Ao contratar temporariamente pessoas para exercer atividades de cargo de provimento efetivo (que deveria ser preenchido por meio de seleção através de concurso público) promoveu irregularidades.

uma demanda de fato, tal qual tratado pela Procuradoria Geral do Estado (fl. 408).

Observa-se que a Lei Complementar 809/2015 sucedeu a Lei Complementar 677/2013 em 2 (dois) anos, tempo razoavelmente curto, e reforça os indícios de que os estudos e levantamentos de fato ocorreram. Isso se reflete no texto dos arts. 1º¹⁵, 16¹⁶ e 17¹⁷ da Lei Complementar 809/2015, na relação trazida pelo representante da SEGER (fls. 429 a 447) e também na seguinte fala do Procurador Geral do Estado:

O controle das contratações temporárias é realizado pelo Comitê Permanente de Contratações Temporárias - CPTC, que analisa a legalidade dos pedidos de admissão de temporários com base no artigo 2º da Lei Complementar 809/2015 e o acompanhamento dos índices de redução dos contratos firmados com base no artigo 17.

Dessa maneira, embora questionável os permissivos, principalmente do art. 17 da Lei Complementar 809/2015, entende-se que o art. 1º da norma visa proporcionar uma transição a um regime de contratação temporária constitucional no Estado do Espírito Santo, o que reforça a defesa do Sr. Aminthas, no sentido de encontrar um caminho para a constitucionalidade e organização da estrutura administrativa no Estado do Espírito Santo.

Tendo em vista as ponderações acima descritas, entende-se que a Lei Complementar 677/2013 veio acompanhada de estudos e trabalhos que deram origem à Lei Complementar 809/2015, cujo propósito é adequar a realidade atual da estrutura do Estado para se chegar a uma situação de constitucionalidade em 2025.

Importante destacar que a Lei Complementar 809/2015 foi analisada pela Procuradoria Geral de

¹⁵ Artigo 1º Os órgãos da administração direta, as autarquias e as fundações públicas do Poder Executivo deverão reduzir de forma gradativa o quantitativo geral de servidores contratados temporariamente constantes da relação oficial a que se refere o §2º do artigo 16 da Lei Complementar 809/2015, na seguinte proporção:

I – 5% até 31.12.2017;

II – 10% até 31.12.2018;

III – 15% até 31.12.2019;

(...)

IX - 100% até 31.12.2025;

§ 1º Os percentuais de redução fixados nos incisos do caput deste artigo serão calculados com base no quantitativo total de contratos temporários constante na relação oficial prevista no § 2º do artigo 16 da Lei Complementar 809/2015.

¹⁶ Art. 16 Todos os órgãos e entidades públicas deverão, no prazo de 60 (sessenta) dias contados da entrada em vigor desta Lei Complementar, apresentar ao CPTC relatório completo de todos os servidores a eles vinculados sob o regime de contratação temporária, indicando, inclusive, se for o caso, o respectivo enquadramento nos termos do artigo 2º desta Lei Complementar.

§ 2º O CPTC organizará a relação oficial do quantitativo de contratações temporárias do Poder Executivo não enquadradas nas hipóteses previstas no artigo 2º desta Lei Complementar, com discriminação por órgão e entidade pública.

¹⁷ Art. 17 Ficam os órgãos e entidades públicas do Poder Executivo autorizados a celebrar novos contratos administrativos de prestação de serviço, por prazo determinado, para as funções discriminadas nas leis complementares e ordinárias alcançadas pelo artigo 23 desta Lei Complementar, que não se enquadrem nas situações previstas no artigo 2º desta Lei Complementar.

Justiça, que opinou e manteve o entendimento por não questionar a constitucionalidade da norma (fls. 449 a 468).

Importante que sejam movidas ações para que sejam cumpridos com rigidez e responsabilidade os prazos e metas estabelecidos no art. 1º, a fim de se alcançar plenamente a situação de constitucionalidade das contratações em 2025.

Ante todo o exposto, acompanhando integralmente o entendimento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

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 plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1 Julgar parcialmente procedente a denúncia, na forma do art. 178¹⁸ da Resolução TC 261/2013. Assim, em relação ao cargo de Cuidador, pela improcedência (em consonância com o entendimento expresso na MT 1468/2017-7). No tocante ao cargo de Assistente de Gestão, pela procedência parcial da denúncia, uma vez que a regra teve caráter transitório e foi em curto período substituída pela Lei Complementar 809/2015, mais adequada a reger a situação (divergindo do entendimento da MT 1468/2017-7, e adotando-se o entendimento da Manifestação Técnica 10524/2019);

1.2 Reconhecer, em sede de incidente de inconstitucionalidade, com fulcro no art. 333, § 2º, da Res. TC 261/2013, tão somente a **inconstitucionalidade dos arts. 1º, § 1º, 13 e 14 da Lei Complementar Estadual 677/2013**, vigente no Estado do Espírito Santo,

¹⁸ Art. 178. Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida à Câmara ou ao Plenário, que decidirá: (Redação dada pela Emenda Regimental nº 006, de 29.3.2016).

I - pela improcedência, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade;

II - pela procedência, quando constatada ilegalidade ou irregularidade, com a incidência das medidas cabíveis e a aplicação das sanções previstas em lei.

que, ao permitir a contratação temporária de servidores para exercerem atividades típicas e permanentes do Estado (do cargo de Assistente de Gestão), sem a observação do concurso público, **transgrediu a vedação contida no inciso II do art. 37 da CF**. Dessa forma, deve ser negada a aplicação dos dispositivos em comento, por flagrante ofensa ao disposto no inciso II do art. 37 da Lei Maior;

1.3 Considerar constitucional e regular a contratação de pessoas sob regime temporário para o exercício do cargo de Cuidador, tal qual tratado no item 3.1 da MT 1468/2017-7 (demonstrando o **acatamento parcial** exposto na MT 1468/2017-7 das razões de justificativas dos Srs. Aminthas Loureiro Junior e Hugo Ottoni Passos (Procurador);

1.4 Rejeitar parcialmente as razões de justificativas dos Srs. Aminthas Loureiro Junior e Pablo Rodnitzky (nos termos da MT 1468/2017-7, em razão da irregularidade disposta no item 3.1 da ITC 5149/2015) e, portanto, **deixo de aplicar multa** aos responsáveis, com amparo na presunção de constitucionalidade da Lei Complementar 677/2013, no dever legal do agente público só fazer o que a lei permite ou determina (princípio da legalidade estrita) e na constatação da transitoriedade da Lei Complementar 677/2015, comprovada nos documentos e manifestações autuadas;

1.5 Recomendar ao atual gestor do jurisdicionado que tome as providências necessárias a fim de cumprir o determinado no art. 1º da Lei Complementar 809/2015 em relação ao cargo de Assistente de Gestão, com base no inciso XXXVI do art. 1º da Lei Complementar Estadual 621/2012, exigindo e cumprindo com rigidez e responsabilidade os prazos e metas estabelecidos naquele regramento;

1.6. Dar ciência ao Denunciante do teor da decisão final a ser proferida conforme art. 307, §7º, da Res. TC 261/2013;

1.7. Arquivar os autos após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 10/12/2019 – 43ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente), Sérgio Manoel Nader Borges (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

LUCIANO VIEIRA

Procurador-geral do Ministério Público de Contas

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das sessões