



## **Acórdão 00135/2020-2 - Plenário**

**Processo:** 08551/2014-8

**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Auditoria

**Exercício:** 2013

**UG:** PMAC - Prefeitura Municipal de Afonso Cláudio

**Relator:** Domingos Augusto Taufner

**Responsável:** WILSON BERGER COSTA, LUCIBERIA PAGOTTO ZORZAL, VALDIVINO PETERLE PAGOTTO, JONAS CALIMAN BRAGATTO, ROSINEIA DAS GRACAS PEREIRA SAITER, LENEMARQUES COELHO LEMOS, ANDERSON KUSTER

**AUDITÓRIA ORDINÁRIA – INCIDENTE DE  
INCONSTITUCIONALIDADE – NEGAR PARCIALMENTE  
EXIQUIBILIDADE – CIÊNCIA – REMETER AUTOS A 2º  
CÂMARA PARA PROSSEGUIR JULGAMENTO.**

### **VOTO DO RELATOR**

**O EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:**

#### **1. RELATÓRIO**

Tratam os presentes autos de auditoria ordinária realizada na Prefeitura Municipal de Afonso Cláudio em cumprimento ao Plano e Programa de Auditoria Ordinária nº 164/2014 (fls. 01/03), referente ao exercício de 2013, cuja gestão foi de responsabilidade do Sr. Wilson Berger Costa.

Dos trabalhos resultou o Relatório de Auditoria RA-O 81/2014 (fls.04/62), em que foram identificados indícios de irregularidades, posteriormente reproduzidos na Instrução Técnica Inicial ITI 104/2015 (fls. 645/708).

Nesse sentido, o Conselheiro Relator, divergindo parcialmente da área técnica, determinou a citação dos responsáveis, senhores(as) Wilson Berger Costa – Prefeito Municipal, Anderson Kuster – Contador, Lenemarques Coelho Lemos – Secretário Municipal de Finanças, Rosinéia das Graças Pereira Saiter – Procuradora Municipal, Lucibéria Pagotto Zorzal – Procuradora Geral Valdivino Peterle Paganotto – Secretário Municipal de Meio Ambiente, Jonas Caliman Bragatto – Secretário de Obras e para apresentação de justificativas e documentos no prazo de 30 dias improrrogáveis. Além disso, deixou de citar os Srs. Marcos Frizzera Dias, Rachel Turial Lamas e Elilda Maria Bissoli, presidentes das CPL's nos exercícios de 2012 a 2014, por entender não haver responsabilidade a ser imputada a eles, nos termos do Voto de fls. 797/803.

Devidamente citados, o Sr. Wilson Berger Costa, o Sr. Anderson Kuster, Lenemarques Coelho Lemos, o Sr. Valdivino Peterle Paganotto e o Sr. Jonas Caliman Bragatto apresentaram a defesa conjunta acostada às fls.830 a 884, e a Sra Rosinéia das Graças Pereira Saiter e Sra. Lucibéria Pagotto Zorzal, as justificativas de fls. 1246 a 1285.

Em seguida, o Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC elaborou Instrução Técnica Conclusiva – ITC 474/2017 (fls. 1451/1550), recomendando, inicialmente, o não acolhimento da preliminar arguida de ilegitimidade passiva do Parecerista Jurídico e negar a exequibilidade aos Decretos Municipais nº 157, de 13 de maio de 1997, nº 169, de 19 de maio de 1997, nº 116, de 24 de novembro de 1998, nº 124, de 31 de agosto de 2001, e nº 590, de 31 de dezembro de 2002,, bem como das Leis nº 1.437, de 31 de março de 1997, nº 1637, de 12 de maio de 2003, nº 1693, de 10 de maio de 2005 e 1.877, de 14 de dezembro de 2009, e Decreto nº 99/11, promovendo-se o incidente de inconstitucionalidade.

No mérito, recomendou a manutenção das seguintes irregularidades e pela consequente aplicação de multa:

- **3.1.1. BURLA AO CONCURSO PÚBLICO EM RAZÃO DATERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS TÍPICOS DE SERVIDORES EFETIVOS.** Responsáveis: Wilson Berger Costa-Prefeito Municipal Lucibéria Pagotto Zorzal – Procuradora Municipal (item 2.1 da ITC 474/2017)

- **3.1.2. AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO DETALHADO EM PLANILHAS QUE EXPRESSEM A COMPOSIÇÃO DOS CUSTOS UNITÁRIOS.** Responsáveis: Wilson Berger Costa – Prefeito Municipal Lenemarques Coelho Lemos – Secretário de Finanças Lucibéria Pagotto Zorzal – Procuradora Municipal (item 2.3 da ITC 474/2017)
- **3.1.3. CLÁUSULA RESTRITIVA À COMPETITIVIDADE.** Responsáveis: Wilson Berger Costa – Prefeito Municipal Rosinéia das Graças Pereira Saiter - Procuradora Municipal (item 2.5 desta ITC)
- **3.1.4. CONTABILIZAÇÃO INDEVIDA DE DESPESAS COM TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA RELATIVA À SUBSTITUIÇÃO DE SERVIDORES EFETIVOS.** Responsáveis: Lenemarques Coelho Lemos – Secretário Municipal de Finanças Anderson Kuster – Contador (item 2.6 da ITC 474/2017)
- **3.1.5. PROVER CARGOS EM COMISSÃO PARA DESEMPENHAR FUNÇÕES DE CARATÉR TÉCNICO, NÃO CARACTERIZADAS COMO ATIVIDADES DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ACESSORAMENTO.** Responsável: Wilson Berger Costa - Prefeito Municipal (item 2.7 da ITC 474/2017)
- **3.1.6. NOMEAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS EM CARGOS COMISSIONADOS CRIADOS ATRAVÉS DE DECRETOS.** Responsável: Wilson Berger Costa – Prefeito Municipal (item 2.10 da ITC 474/2017)

Instado a se manifestar, o Ministério Público de Contas emitiu Parecer nº 627/2018 (fls. 1554-1575), de lavra do Exmo. Procurador Dr. Luciano Vieira, anuindo com as conclusões da ITC 474/2017, pugnano por negar exequibilidade aos dispositivos objetos de controle difuso, pelo não acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva, pela aplicação de multa pecuniária e para que sejam expedidas as seguintes determinações ao atual gestor:

- a) que no prazo de 30 (trinta) dias adote as medidas necessárias às correções das situações de ilegalidade e inconstitucionalidade verificadas nestes autos;
- b) que elimine, no prazo de 30 (trinta) dias, os provimentos sem embasamento legal e constitucional, cujos atos não possam ser convalidados por alteração legislativa sem violação ao texto constitucional.

É o relatório.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO

### 2.1 INCIDENTES DE INCONSTITUCIONALIDADE

Inicialmente registro que embora o julgamento de Auditorias Ordinárias desse jurisdicionado (Prefeitura de Afonso Cláudio) seja de competência de uma das Câmaras desta Corte, em razão da área técnica ter suscitado incidente de inconstitucionalidade dos Decretos Municipais nº 157, de 13 de maio de 1997, nº 169, de 19 de maio de 1997, nº 116, de 24 de novembro de 1998, nº 124, de 31 de agosto de 2001, e nº 590, de 31 de dezembro de 2002, bem como das Leis nº 1.437, de 31 de março de 1997, nº 1637, de 12 de maio de 2003, nº 1693, de 10 de maio de 2005 e 1.877, de 14 de dezembro de 2009, e Decreto nº 99/11, trago a matéria para apreciação do Plenário, conforme preceitua o art. 337 do Regimento Interno desta Corte.

A então 3ª Secretaria de Controle Externo por meio da ITI nº 104/2015 sustenta a possibilidade de negar exequibilidade aos Decretos Municipais nº 157, de 13 de maio de 1997, nº 169, de 19 de maio de 1997, nº 116, de 24 de novembro de 1998, nº 124, de 31 de agosto de 2001, e nº 590, de 31 de dezembro de 2002, em virtude de manifesta inconstitucionalidade por desatendimento ao disposto nos artigos 37, *caput*, e inciso V, artigo 48, inciso X e artigo 61, inciso II, “a” todos da CRFB, c/c artigos 32, *caput*, da Constituição deste Estado, bem como das Leis nº 1.437, de 31 de março de 1997, nº 1637, de 12 de maio de 2003, nº 1693, de 10 de maio de 2005 e 1.877, de 14 de dezembro de 2009, e Decreto nº 99/11 em virtude de manifesta inconstitucionalidade por desatendimento ao disposto nos artigos 37, *caput*, e inciso V, e artigo 61, inciso II, “a” todos da CRFB, c/c artigos 32, *caput*, da Constituição deste Estado.

Devidamente citado, o responsável, Sr. Wilson Berger Costa, apresentou suas justificativas, (doc. 21).

A equipe técnica e o Ministério Público de Contas opinaram por reconhecer a inconstitucionalidade e por consequência, negar exequibilidade aos Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2011, 590/202 e 99/2011, contudo, a equipe técnica opina por

não negar exequibilidade às Leis Municipais 1.437/1997, 1.637/2003, 1.693/2005 e 1.877/2009, o que foi divergido pelo *Parquet* de Contas.

Pois bem.

Precipuamente, cumpre registrar que os Tribunais de Contas como órgãos de controle podem, no caso concreto e de controle difuso, apreciar a constitucionalidade de uma lei e por consequência deixar de aplica-la nos autos.

O Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 347, confere às Cortes de Contas, no exercício de suas atribuições, a capacidade de apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, *in verbis*:

**Súmula 347**

**O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público<sup>1</sup>. (grifo nosso)**

O Tribunal de Contas da União também firmou jurisprudência acerca do tema vejamos:

**O TCU pode apreciar a constitucionalidade de leis e atos do poder público e, em decorrência disso, pode se pronunciar quanto à legalidade de atos administrativos, desde que o ato ou a lei em questão estejam relacionados às atribuições da Corte de Contas<sup>2</sup>. (g.n.)**

A Lei Orgânica desta Corte de Contas em seu artigo 176, também prevê a possibilidade de apreciação de inconstitucionalidade de leis e de atos do poder público<sup>3</sup>.

Assim, conforme dito, o controle de constitucionalidade por exercido pelas Cortes de Contas, somente pode ocorrer no caso concreto e desde que a lei ou ato normativo tenham ligação com as atribuições dos Tribunais de Contas.

Nesse contexto, passo à análise da inconstitucionalidade dos decretos e leis em questão.

<sup>1</sup> Súmula 347 Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2149> – Acesso em: 19 de abril de 2017

<sup>2</sup> Tribunal de Contas da União – Representação 004.138/2008-7 – Relator Aroldo Cedraz - Acórdão 1181/2010 — Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/12/constitucionalidade/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/true/6> - Acesso em: 19 de abril de 2017

<sup>3</sup> Lei Complementar n.º 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES) - 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.

**2.2.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS N.S 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 E 99/2011, BEM COMO DO ART. 19 DA LEI 1.437/1197**

**PARÂMETRO DE CONTROLE: art. 48, X e XI; art. 61, §1º, II, “a” e “e”; art. 84, VI, “a” e “b”, todos da Constituição Federal.**

Foi noticiado na ITI 104/2015 que a Administração Municipal criou, em afronta à Constituição, diversos cargos comissionados mediante decreto, conforme *infra*:

- Decreto Municipal nº 157 de 13 de Maio de 1997: Chefe de Unidade Sanitária e Chefe da Agência Municipal de Agendamento –AMA;
- Decreto Municipal nº 169 de 19 de Maio de 1997: Assessor de Imprensa, Chefe da Seção de Eletrificação Rural e Chefe da Seção de Cadastro Imobiliário;
- Decreto Municipal nº 116 de 24 de Novembro de 1998: Chefe da Seção de Auditoria Controle e Avaliação;
- Decreto Municipal nº 124 de 31 de Agosto de 2001: Chefe do Departamento de Assistência Médica Odontológico; Chefe do Departamento de Saneamento e Educação Sanitária e Chefe do Departamento de Unidades de Saúde;
- Decreto Municipal nº 590 de 31 de Dezembro de 2002: Diretor Técnico; e
- Decreto Municipal nº 99 de 2011.

Em justificativas apresentadas, os agentes alegaram que:

“O item mencionado tem o objetivo de ver declarada, em tese, a inconstitucionalidade dos Decretos Municipais nºs 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002, alegando primeiramente que a criação dos cargos por estes decretos afrontam a Constituição Federal. Ao contrário do que sustenta a ITI, tais Decretos possuem natureza jurídica executiva ou regulamentar, Isto é, nas lições de Vanessa Vieira de Melão, Decreto é um "ato normativo que constitui fonte de direito produzida pelo Poder Executivo, no exercício de função administrativa, respaldado e subordinado à lei com o escape de melhor executa-la. "Sim, é executivo ou regulamentar, porquanto veio ao

mundo jurídico para regulamentar o art. 19 da Lei Municipal nº 1437/97, cujas normas tratam da estrutura administrativa do Município. Transcreve-se: Art. 19 -Fica o Prefeito Municipal autorizada a complementar a estrutura prevista na presente Lei criando, através de decreto, outros órgãos de nível hierárquico inferior ao de Secretaria. Os Decretos Municipais impugnados, regulamentando tal lei, apenas possuem, consoante lições de doutrina autorizada, "estrita finalidade de produziras disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução da lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública." Nada além, nem fará disso, por que não é de ser caracterizado como "Decreto Autônomo", como demonstra a ITI. Sendo Decreto Regulamentar de Lei Municipal que trata da Estrutura Administrativa do Município de Afonso Cláudio, carece, assim, de coeficiente de abstração (trinômio generalidade-abstração impessoalidade) mínimo a ensejar o controle de constitucionalidade em tese. Por outro lado, os atos normativos não-primários (ou normas infra-legais), não podem ser objeto de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Estão inseridos nesta categoria todos os demais atos que derivam do poder regulamentar insito ao Chefe do Poder Executivo e utilizado para suprir lacunas da lei na sua aplicação na caso concreto. Assim, temos como exemplos os decretos regulamentares. O objeto da ação direta de inconstitucionalidade é definido no texto constitucional e tem sido interpretado estritamente. Assim, não compreende os regulamentos administrativos, entendendo o STF que a impugnação desses atos implica uma questão de legalidade (ou seja, desobediência à lei regulamentada), que refoge, por sua natureza, ao controle de constitucionalidade. No que se refere ao controle judicial, é preciso distinguir a natureza do conteúdo estampado no ato regulamentar. Tratando-se de ato regulamentar contra *lerem*, ou seja, aquele que extrapole os limites da lei, viável apenas o controle de legalidade resultante do confronto do ato com a lei, ainda que tenha caráter normativo. O Pretório Excelso já teve a oportunidade de decidir que se a interpretação administrativa da lei que viera consubstanciar-se em decreto executivo divergir do sentido e do conteúdo da norma legal, que o ato secundário pretendeu regulamentar quer porque tenha este se projetado *urra lerem*, que porque tenha permanecido *mitra lerem*, quer, ainda, porque tenha investido contra *regem*, a questão caracterizará, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade. Desse modo, revelar-se-á inadequado o uso da ação direta de inconstitucionalidade prevista no art. 102, 1º a, da CF. a despeito da referência, no dispositivo a leis e atos normativos. Logo, como fartamente comprovado, não é possível se arguir a inconstitucionalidade dos Decretos Municipais mencionados, haja vista seu nítido matiz regulamentar, faltando-lhe, pois, a densidade normativa necessária a tal desiderato. Assim, uma vez comprovado que o decreto é regulamentador da Lei Municipal 1.437/97, enquanto não reconhecida a inconstitucionalidade da lei, não há que se falar em dano ao erário, pois além da norma estar vigente, soma-se ainda, o fato de que os vencimentos pagos aos servidores nomeados tem a efetiva prestação de serviços à coletividade.”

O Corpo técnico anuiu os fundamentos da ITI e rechaçou as alegações de Defesa, afirmando que o art. 19 da Lei Municipal 1.437/1997 autoriza a criação de outros órgãos, e não de cargos. Logo, não havia autorização legislativa para a expedição dos decretos municipais em análise e, portanto, há evidente violação aos artigos 48, X, e 61, II, “a”, da Constituição Federal.

O *Parquet* de contas acrescentou ainda que não pode “o gestor utilizar a exceção prevista no inciso VI, “b”, do art. 84 como subterfúgio a criação de cargos, eis que essa norma é clara ao dispor a possibilidade de extinção de cargos públicos e não a criação e, ainda assim, quando vagos”.

Inicialmente, com uma simples leitura, é possível observar a flagrante violação das normas constitucionais contidas nos art. 48, X e art. 61, §1º, II, “a”, conforme redação abaixo:

Art. 48. **Cabe ao Congresso Nacional**, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

X - **criação, transformação e extinção de cargos**, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b;

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as **leis** que:

II - **disponham** sobre:

a) **criação de cargos**, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

A tese defensiva de que a natureza jurídica dos decretos em análise é executiva ou regulamentar, na medida em que se prestavam a regulamentar o art. 19 da Lei Municipal 1.437/1997, não merece prosperar, senão vejamos:

Art. 19 – Fica o Prefeito Municipal autorizado a complementar a estrutura prevista na presente Lei **criando, através de decreto, outros órgãos** de nível hierárquico inferior ao de Secretaria.

Primeiramente, esta autorização legislativa é referente a órgão e não a cargo, conforme bem observado pela equipe técnica na ITC. Além disso, cumpre salientar que o artigo da lei em questão está também maculado de inconstitucionalidade, pois viola o disposto no art. 48, XI e no art. 61, § 1º, II, “e” da CRFB:

Art. 48 (...)

XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública;

Art. 61 (...)

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II - disponham sobre:

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;



Por fim, é mister observar que nem mesmo por decreto autônomo (art. 84, VI, “a” e “b”) poderia o Chefe do Executivo municipal dispor sobre criação de órgãos e cargos públicos.

**Nesse sentido, acompanhando o posicionamento técnico e ministerial, entendo por negar a exequibilidade dos Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011, bem como, de ofício, a do art. 19 da Lei 1.437/1197.**

**2.2.2 DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS Nº 1.437/97, Nº 1.637/2003, Nº 1683/2005, Nº 1.877/2009.**

**PARÂMETRO DE CONTROLE: art. 37, caput, II e V, e art. 61, II, “a”, ambos da Constituição Federal.**

Na ITI 104/2015 foi noticiada a inconstitucionalidade das seguintes Leis Municipais no tocante à criação de cargos em comissão abaixo elencados, em afronta ao art. 37, V, da CRFB, em razão das **atribuições desses cargos não se enquadrarem como atividades de direção, chefia ou assessoramento:**

- **Lei Municipal nº 1.437/1997**, de 31 de março de 1997: Dispõe sobre a estrutura administrativa do município de Afonso Cláudio e dá outras providências; **Cargo: “Procurador e Assistente Jurídico”. “Advogado” e “Auxiliar de Chefia”**
- **Lei Municipal nº 1.637/2003**, de 12 de maio de 2003: altera a lei 1.437/1997 e dá outras providências. **Cargo: “Procurador Adjunto”**
- **Lei Municipal nº 1.693/2005**, de 10 de maio de 2005: cria a Secretaria Municipal de Meio Ambiente e dá outras providências. **Cargo: “Auxiliar de Chefia”**
- **Lei Municipal nº 1.877/2009**, de 14 de dezembro de 2009: altera a lei 1.437/1997 e dá outras providências. **Cargo: “Assistente Técnico”**

**a) Lei Municipal 1.437/1997 - “Procurador e Assistente Jurídico”. “Advogado”  
e “Auxiliar de Chefia”**

Com relação à Lei Municipal 1.437/1997, a opinião técnica inicial noticia que:

“De acordo com o art. 3º dessa lei, cabe à Procuradoria e Assistência Judiciária: I – prestar assistência judiciária à população carente do município; II – representar o município em juízo ou fora dele nas questões relacionadas às suas atribuições. Das análises realizadas, constata-se que essas são as únicas atribuições regulamentadas relativas ao cargo comissionado de “Procurador Assistente Judiciário”, conforme confirmado pela Administração por meio da “Tabela Informativa de Cargos Comissionados”. Em relação aos cargos de “Advogado”, a referida lei não estabeleceu as suas atribuições e, de acordo com “Tabela Informativa de Cargos Comissionados”, fornecida pela Administração, acompanhada de Declaração assinada pelo Prefeito, esse cargo não teve as suas atribuições regulamentadas por nenhum outro ato normativo. Somente na referida tabela são apresentadas as atividades desempenhadas pelos servidores, in verbis: -Prestam assistência jurídica gratuita em todas as áreas jurídicas às pessoas carentes residentes no Município. Depreende-se do texto colacionado acima que as atividades dos Advogados são exatamente as mesmas elencadas no art. 3º, I, que trata das atribuições da Procuradoria e Assistência Judiciária, qual seja: “prestar assistência judiciária à população carente do município”.

(...)

“Ademais, os Municípios devem perfilhar as regras impostas tanto à União quanto aos Estados, pois as funções de uma procuradoria municipal são as mesmas da procuradoria estadual e federal, o que exige dos ocupantes dos quadros os requisitos da independência para o exercício da função e o provimento por meio de concurso público, em que se respeite a impessoalidade, a igualdade e o mérito. Em relação aos cargos de “Auxiliar de Chefia”, a referida lei não estabeleceu as suas atribuições e, de acordo com “Tabela Informativa de Cargos Comissionados”, fornecida pela Administração, acompanhada de Declaração assinada pelo Prefeito, esse cargo não teve as suas atribuições regulamentadas por nenhum outro ato normativo. Somente na referida tabela são apresentadas as atividades desempenhadas pelos servidores, in verbis: -Auxilia os Secretários Municipais e os Chefes de Departamentos na execução dos serviços da Secretaria.

Após solicitação da equipe de auditoria, a Administração explicitou as atribuições do auxiliar de chefia, nestes termos:-Auxilia os Secretários Municipais e os Chefes de Departamentos na execução dos serviços da Secretaria;-Responsável pela coordenação e controle dos servidores das Estações de Tratamento de Água e Esgoto dos Distritos;- Responsável pela coordenação das atividades dos serviços de limpeza e manutenção dos distritos;-Responsável pela coordenação de programas e projetos das Secretarias;- Responsável pela gerência das atividades desenvolvidas pelos servidores nos Postos de Correios dos Distritos;-Coordena as equipes da Secretaria responsáveis pelo agendamento de consultas e exames;-Coordena e controla os veículos das Secretarias. Nota-se que esses servidores auxiliam outros servidores também comissionados, como os Secretários e Chefes de Departamentos, além disso, as suas atribuições não se mostram relacionadas às funções típicas de direção, chefia ou assessoramento. Embora na descrição do elenco das atribuições (constante na tabela fornecida pela Administração) conste por diversas vezes o verbo “coordenar”, isso não significa que necessariamente esse cargo pode ser provido por servidor em comissão. Além disso, a lei que criou esses cargos de provimento em comissão devem ser claras quanto à natureza de suas atribuições, sendo que essas devem ser compatíveis com as funções de direção, chefia ou assessoramento”.

**b) Lei Municipal 1.637/2003 - “Procurador Adjunto”**

Com relação à Lei Municipal 1.637/2003, a opinião técnica inicial alega que:

“Conforme consta da “Tabela Informativa de Cargos Comissionados” juntamente com a Declaração assinada pelo Prefeito, os cargos em comento não tiveram suas atribuições regulamentadas, até a data de realização dos trabalhos de auditoria in loco, ou seja, passados mais de 17 anos da edição do ato legal, o mesmo não fora regulamentado. Segundo informação prestada pelo Prefeito, o ocupante do cargo supracitado possui as seguintes atribuições: -Defende em juízo ou fora dele, os direitos e interesses do município; -Promover cobrança judicial da Dívida Ativa do município ou de quaisquer dívidas que não forem liquidados nos prazos legais;

-redigir projetos de leis, justificativas de vetos, decretos, regulamentos, contratos e outros documentos de natureza jurídica; -Assessorar o Prefeito nos atos executivos relativos à desapropriação, alienação e aquisição de imóveis pela Prefeitura e nos contratos em geral; -Participar de inquéritos administrativos e dar-lhes orientação jurídica conveniente;-Manter atualizada a coletânea de leis municipais, bem como a legislação federal e estadual de interesse do Município; -Proporcionar assessoramento jurídico aos órgãos da Prefeitura. Da análise deste rol, constata-se que essas atividades são exatamente as mesmas que cabem à Procuradoria Geral, elencadas no art. 3º da Lei Municipal nº 1.437/1997. Ressalta-se, porém, que já existe no município o cargo, também comissionado, de Procurador Geral, razão pela qual parece desarrazoado criar mais dois cargos em comissão para essa área. Portanto, a Lei Municipal nº 1.637/03 incorre em vício de inconstitucionalidade, por criar cargos de Procurador Adjunto, cujas atribuições não se amoldam àquelas de direção, chefia ou assessoramento, nos moldes do art. 37, V, da CF/88”.

**c) Lei Municipal 1683/2005 - “Auxiliar de Chefia”**

Com relação à Lei Municipal 1.683/2005, a opinião técnica inicial alega que:

Ao se analisar a referida norma, verifica-se que esta se limitou à criação dos cargos, não prevendo nada em relação às suas atribuições. Conforme informações fornecidas pela Administração, as atribuições desenvolvidas por esses servidores são as mesmas dos demais cargos de Auxiliar de Chefia, criados pela Lei Municipal nº 1.437/97, cuja inconstitucionalidade já fora arguida no item 2.8.1.1.Sendo assim, a Lei Municipal nº 1.693/05 também deve ser reputada inconstitucional, por afronta ao art. 37, V, da CF/88

**d) Lei Municipal 1.877/2009 - “Assistente Técnico”**

Com relação à Lei Municipal 1.877/2009, a opinião técnica inicial afirma que a referida lei criou, por extensão, quatro cargos comissionados de “Assistente Técnico”, sem, contudo, nada dispor sobre suas atribuições:

“De acordo com a “Tabela Informativa de Cargos Comissionados” e a Declaração assinada pelo Prefeito, os cargos em comento não tiveram suas atribuições regulamentadas, até data da auditoria, sendo estas apenas informadas pela Prefeitura, como sendo de: “Auxiliar a parte burocrática da Secretaria; auxiliar o Secretário Executivo na execução e acompanhamento de processos; responsável pela agenda do Secretário Municipal e diversas tarefas correlatas”. Para melhor detalhamento, a Administração explicitou, posteriormente, que o ocupante do referido cargo deverá desenvolver as atividades que seguem:-Auxilia na parte burocrática da Secretaria;-

Auxilia o Secretário Executivo na execução e acompanhamento de processos;- Responsável pela agenda do Secretário Municipal;-Auxilia na coordenação e acompanhamento dos projetos da Secretaria Municipal de Esporte e Lazer e Secretaria Municipal de Cultura e Turismo;-Auxilia o Secretário Municipal, gerenciando os servidores sob sua responsabilidade.

Denota-se, também, que essas atividades são de apoio ao Secretário da pasta e que não se enquadram em atribuições de direção, chefia ou assessoramento, em burla ao regramento disposto no art. 37, V, da CF/88. Por fim, é forçosa a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.693/05, visto que, da mesma forma que as anteriores, voltada a criação de cargos comissionados, de Auxiliar de Chefia, cujas atribuições não se enquadram como tal.”

A opinião técnica na ITC 474/2017 diverge da inicial, ao fundamento de que a falha das leis foi não ser transparente quanto às atribuições dos cargos, sendo que o desempenho de suas atividades pode ser de assessoramento. Além disso, a área técnica invoca a presunção de constitucionalidade das leis para defender o não descumprimento ao art. 37, II e V da CF/88.

De acordo com o Ministério Público de Contas, viola o princípio da legalidade a criação de cargos comissionados sem que haja a fixação das respectivas atribuições. Afirma também que “a Constituição Federal (art. 37, V) e a Constituição Estadual (art. 32, V) ao estabelecer que os cargos em comissão somente poderiam ser direcionados à direção, chefia e assessoramento, vinculou o legislador infraconstitucional, que não conta com a faculdade de criá-los com atribuições da sua conveniência, as quais, impreterivelmente, devem estar previstas e especificadas em lei formal, tarefa que jamais poderá ser delegada ao titular do poder regulamentar”.

Com relação à Lei Municipal 1.437/1997, o MP ressalta que “as atividades desenvolvidas pelo procurador e assistente jurídico são atribuições privativas de servidor efetivo ocupante de cargo de Procurador Municipal, nos termos dos arts. 131 e 132 da Constituição Federal, e art. 122 da Constituição Estadual, representando o seu cometimento a servidores comissionados burla ao princípio do concurso público, insculpido no art. 37, II, da Constituição Federal e art. 32, II, da Constituição Estadual”.

Lembra o Excelentíssimo Procurador que essa Colenda Corte de Contas já tem entendimentos no mesmo sentido, conforme julgados abaixo:

**Acórdão TC-078/2012, prolatado nos autos do proc. TC n. 7242/2011(PM Guarapari): REPRESENTAÇÃO – ATRIBUIÇÃO DA ATIVIDADE DE PROCURADOR MUNICIPAL A SERVIDORES COMISSIONADOS –DETERMINAR ANULAÇÃO DOS ATOS DE NOMEAÇÃO AOS CARGOS COMISSIONADOS NO PRAZO DE 30 DIAS.**

**ACÓRDÃO TC-1090/2017 –SEGUNDA CÂMARA PROCESSO -TC-7254/2015 JURISDICIONA DO -PREFEITURA MUNICIPAL DE JOÃO NEIVA ASSUNTO - FISCALIZAÇÃO –REPRESENTAÇÃO REPRESENTANTE -MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL DE CONTAS RESPONSÁVEL -ROMERO GOBBO FIGUEREDO TERCEIRO INTERESSADO -MILENA SPINASSÉ SCARPATI EMENTAREPRESENTAÇÃO EM FACE DE SUPOSTAS IRREGULARIDADES NO MUNICÍPIO DE JOÃO NEIVA –1) MANTER IRREGULARIDADE –2) PROCEDÊNCIA – 3) DAR CIÊNCIA –4) ARQUIVAR. [...]2. DA BURLA AO CONCURSO PÚBLICO Alega a área técnica que a suposta irregularidade retrata dois fatos distintos, vale dizer, a nomeação para o cargo de Procurador Adjunto, cujas atribuições seriam típicas de cargos de provimento efetivo; e a contratação temporária de advogado para a realização de serviços rotineiros da Administração. Quanto à primeira situação, constatou a ITC 5797/2015 que: [...]o preenchimento do cargo, ante as circunstâncias encontradas na Procuradoria Municipal de João Neiva, indica que as atribuições de servidores efetivos eram exercidas exclusivamente por pessoas providas em cargo em comissão.**

Isto porque, segundo pesquisa realizada pela autoridade representante (fls. 158/160) e não contestada pelo justificante, demonstra que a Procuradoria Municipal tinha em seus quadros apenas o Procurador Geral e o Procurador Adjunto, sem a presença de qualquer servidor efetivo. Logo, isso reforça o entendimento de que tais agentes exerciam as atribuições afetas à Procuradoria Municipal, transcritas no art. 19 da Lei Municipal 1.138/01, típicas e corriqueiras em setor jurídico de qualquer município, tendo como atribuições, dentre outras: defesa em juízo do município, execução de dívida ativa e elaboração de pareceres.[...] Logo, em face da situação fática encontrada naquele município no exercício de 2015, é certo que atividades de caráter técnico, permanente e continuado são exercidas por servidores comissionados, sem nenhuma participação de servidores efetivos nomeados após regular concurso público, burlando os termos do art. 37, V da CRFB/88. [...] [...] ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-7254/2015, ACORDAM os Srs. conselheiros da Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e três de agosto de dois mil e dezessete, à unanimidade, nos termos do voto do relator, conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges: 1. Manter a seguinte irregularidade, referente ao item: Burla ao concurso público. Base Legal: artigo 37, II e IX, da CFRB. 2. Considerar procedente a representação apresentada pelo Ministério Público de Contas, na forma do artigo 95, inciso II, e 99, § 2º, ambos da Lei Complementar Estadual nº 621/2012; 3. Dar ciência ao representante do teor da decisão final a ser proferida; 4. Após certificado o trânsito em julgado, arquivar os presentes autos, com fulcro no art. 207, III, do Regimento Interno desta Corte.

Pois bem.

Inicialmente, deve-se partir da premissa de que o provimento de cargo público se dá por meio de concurso de prova ou prova e títulos, sendo esta a regra, nos moldes do art. 37, II da Constituição:

Art. 37 (...)

**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;**

Todavia, em determinados casos expressos, permitiu o Legislador Constitucional o provimento em cargo em comissão, na forma do inciso V do mesmo artigo:

Art. 37 (...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e **os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;**

Percebe-se que essa exceção diz respeito somente às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Nesse viés, é imprescindível a indicação, completa e precisa, das atribuições desses cargos no momento de sua criação, ou seja, no processo legislativo. Não pode o Legislador Municipal delegar tal função ao Chefe do Executivo ou dar “carta branca” para a escolha de atribuição por quem nomeará o servidor, sob pena de esvaziar a norma constitucional, bem como atentar contra a Legalidade e Moralidade.

Não se pode, como recomenda a equipe técnica da ITC, buscar refúgio no princípio da presunção de constitucionalidade das leis à alegação de que os cargos, apesar de não terem atribuições definidas ou serem imprecisas, poderão ser de assessoramento.

Cargo em comissão deve ser exceção na Administração Pública, sendo permitidos apenas nos casos previstos na Constituição. Logo, sua criação depende de fundamentação e, no mínimo, esclarecimento de suas atribuições para se efetuar um controle de legalidade.

A questão envolvendo a Lei 1.437/1997 é ainda mais gravosa, posto que elas criam os cargos de “Procurador e Assistente Jurídico”, “Advogado” e “Auxiliar de Chefia”. Tais cargos, além de, no ato de criação, terem suas atribuições dúbias, são cargos de extrema importância para a Administração Municipal.

Percebe-se que as atribuições inerentes à Procuradoria Jurídica se relacionam a serviços típicos de Advocacia Pública, os quais são inegavelmente de caráter técnico, permanente e continuado, na medida em que visam à defesa de interesses relevantes da Administração Municipal e à proteção de seu patrimônio em demandas judiciais e outros bens indisponíveis. Uma Procuradoria é decisiva para uma boa gestão pública.

Ademais, diante da importância de tais cargos, é imperioso reconhecer a efetividade, que somente poderá se dar mediante concurso público. Nesse contexto, diante de suas atribuições, os cargos da Procuradoria Jurídica não devem ser “refém” do gestor, que poderá mudar o servidor a seu bel-prazer, uma vez que o cargo em comissão é de livre nomeação e exoneração, bem como não precisa de motivação tais atos.

Dessa forma, a natureza do cargo de Procurador Jurídico não demanda relação de confiança, as atividades descritas na norma impugnada não representam o poder de comando inerente aos cargos de direção, e as funções também não figuram como uma assessoria técnica necessária ao auxílio do Chefe do Executivo. Não há dúvida, portanto, de que as atividades desempenhadas pelo Procurador Jurídico não envolvem chefia, assessoramento ou direção

Por fim, acerca da Lei Municipal 1.637/2003 que institui o cargo de Procurador Adjunto, entendo que não há vício de constitucionalidade, de certa forma o citado cargo enquadra-se ao conceito de chefia e/ou direção, assim como o cargo de procurador geral.

O mesmo seria possível aos cargos de assessor jurídico, desde que a este sejam atribuídos somente função de assessoramento e não funções típicas de procurador.

Ante o exposto, divergindo parcialmente do posicionamento técnico e o *Parquet*, entendo por negar a exequibilidade apenas das Leis Municipais nº 1.437/97, nº 1683/2005 e nº 1.877/2009.

Com relação à Lei Municipal nº 1.437/97, percebo que a simples declaração de inconstitucionalidade resultará em graves prejuízos à Administração Pública. Nesse cenário, entendo que se faz necessária a modulação de seus efeitos, na forma do parágrafo único do artigo 335 da Resolução 261/2013 deste TCE: “poderá o Plenário, por razões de segurança jurídica e excepcional interesse público, por maioria absoluta, modular os efeitos da decisão”.

**Assim, entendo que esta declaração deva só ter eficácia a partir da realização de concurso público e da nomeação dos aprovados para tais cargos, ou no prazo máximo a ser definido no julgamento de mérito deste processo, contados do trânsito em julgado.**



Já quanto as Leis Municipais nº 1683/2005 e nº 1.877/2009 e os Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011, bem como, de ofício, a do art. 19 da Lei 1.437/1197, entendo que esta declaração deva só ter eficácia a partir da publicação desta decisão.

Ante todo o exposto, acompanhando o entendimento do Ministério Público de Contas e divergindo parcialmente do entendimento da Área Técnica, VOTO por que seja adotada a minuta que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

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

1. **Negar a exequibilidade** aos Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011, bem como, de ofício, a do art. 19 da Lei 1.437/1197, por ofensa aos arts. 37, caput, V, 48, X e 61, II, “a”, da CF/88, promovendo-se o **incidente de inconstitucionalidade**, conforme os artigos 1º, XXXV, 176 e seguintes, da Lei Complementar 621/2012, com fulcro na Súmula n. 347 do STF.
2. **Negar a exequibilidade** das Leis Municipais nº 1.437/97, nº 1683/2005 e nº 1.877/2009, por ofensa aos arts. 37, caput, V, 48, X e 61, II, “a”, da CF/88, promovendo-se o **incidente de inconstitucionalidade**, conforme nos artigos 1º, XXXV, 176 e seguintes, da Lei Complementar 621/2012, com fulcro na Súmula n. 347 do STF
3. Promover a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em relação às Leis Municipais nº 1.437/97, na forma do parágrafo único do artigo 335 da Resolução 261/2013 deste TCE, devendo esta declaração só ter eficácia a partir da realização de concurso público e da nomeação dos aprovados para tais cargos, ou no **prazo máximo a ser definido no julgamento de mérito deste processo, contados do trânsito em julgado**
4. Promover a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das Leis Municipais nº 1683/2005 e nº 1.877/2009 e os Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011, bem como, de ofício, a do



art. 19 da Lei 1.437/1197, devendo esta declaração deva só ter eficácia a partir da publicação desta decisão

**DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER**

**Relator**

**VOTO VISTA**

**O CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN:**

**I RELATÓRIO**

Com o propósito de me inteirar das teses defendidas no voto constante deste processo, pedi vista em Sessão do Plenário, o que me permitiu elaborar o voto que nesta oportunidade submeto à apreciação do Colegiado.

Tratam os presentes autos de fiscalização, na modalidade auditoria ordinária, realizado na Prefeitura Municipal de Afonsos Cláudio, exercício 2013, em cumprimento ao Plano e Programa de Auditoria Ordinária n.164/2014 (fls.01/03), cuja gestão foi de responsabilidade do senhor Wilson Berger Costa.

Realizada a auditoria, foram identificadas irregularidades que se encontram dispostas no Relatório de Auditoria RA-O 81/2014 (fls.04/62), sobre as quais o gestor deveria ter a oportunidade de apresentar justificativas, e para tanto, foram reproduzidas na Instrução Técnica Inicial ITI n.104/2015 (fls. 645/708), com a proposta de citação dos responsáveis, inclusive, acrescentando a citação dos presidentes da CPL nos exercícios de 2012, 2013 e 2014, e conversão do processo em tomada de contas especial, bem como expedição de determinações.

O relator, entretanto, apresentou voto 01223/2016-6 (peça 02), discordando quanto à citação dos presidentes da CPL, e também quanto à conversão do processo em tomada de contas especial, sendo seu voto acolhido pelo colegiado que proferiu a Decisão – 2ª Câmara 01727/2016-8 (peça 03), com a CITAÇÃO dos responsáveis, senhores Wilson Berger Costa – Prefeito Municipal, Jonas Caliman Bragatto – Secretário Municipal de Obras e Serviços, Anderson Kuster – Contador, Lenemarques Coelho Lemos – Secretário Municipal de Finanças, Rosinéia das Graças Pereira

Saiter – Procuradora Municipal, Lucibéria Pagotto Zorzal – Procuradora Geral e Valdivino Peterle Pagotto – Secretário Municipal de Meio Ambiente.

Após a regular citação dos responsáveis, os autos foram encaminhados ao Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas para análise que, mediante a Instrução Técnica Conclusiva 00474/2017-1 (peça 32), apresentou a seguinte proposta de encaminhamento:

[...]

### 3-CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

3.1 Após a análise dos fatos constantes dos presentes autos que versam sobre o Relatório de Auditoria RA-O 81/2014na Prefeitura Municipal de Afonso Cláudio, relativo ao exercício de2013, entende-se que devem ser mantidas as seguintes irregularidades:

#### 3.1.1. BURLAAO CONCURSO PÚBLICO EM RAZÃO DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS TÍPICOS DE SERVIDORES EFETIVOS (item 2.1 desta ITC)

Base Legal: Art. 37, caput, e II, da CF/88 e Art. 57, II, da Lei nº 8.666/1993.

Responsáveis: Wilson Berger Costa - Prefeito Municipal;

Lucibéria Pagotto Zorzal – Procuradora Municipal

#### 3.1.2. AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO DETALHADO EM PLANILHAS QUE EXPRESSEM A COMPOSIÇÃO DOS CUSTOS UNITÁRIOS (item 2.3 desta ITC)

Base legal: Artigo 7º, §2º, II, da Lei nº 8.666/93.

Responsáveis: Wilson Berger Costa – Prefeito Municipal;

Lenemarques Coelho Lemos – Secretário de Finanças;

Lucibéria Pagotto Zorzal – Procuradora Municipal

#### 3.1.3. CLÁUSULA RESTRITIVA À COMPETITIVIDADE (item 2.5 desta ITC)

Base Legal: Artigo 37, caput, da CF/88 (Princípio da Moralidade e da Impessoalidade); e Artigo 3º, § 1º, I e 30, II, e § 5º, da Lei 8.666/93.

Responsáveis: Wilson Berger Costa – Prefeito Municipal

Rosinéia das Graças Pereira Saiter - Procuradora Municipal

#### 3.1.4. CONTABILIZAÇÃO INDEVIDA DE DESPESAS COM TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA RELATIVA À SUBSTITUIÇÃO DE SERVIDORES EFETIVOS (item 2.6 desta ITC).

Base Legal: Art. 18, §1º da Lei Complementar nº 101/2000 c/c Plano de Contas Aplicado ao Setor Público, Portaria STN nº 406/2011 e da Resolução TCE/ES nº 242/2012.

Responsáveis: Lenemarques Coelho Lemos – Secretário Municipal de Finanças;

Anderson Kuster – Contador

3.1.5. PROVER CARGOS EM COMISSÃO PARA DESEMPENHAR FUNÇÕES DE CARÁTER TÉCNICO, NÃO CARACTERIZADAS COMO ATIVIDADES DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO (item 2.7 desta ITC).

Base Legal: Art. 37, V, e 61, II, “a”, da CF/88.

Responsável: Wilson Berger Costa-Prefeito Municipal

3.1.6. NOMEAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS EM CARGOS COMISSIONADOS CRIADOS ATRAVÉS DE DECRETOS (item 2.10 desta ITC).

Base legal: Art. 37, caput, V, 48, X e 61, II, “a”, da CF/88 c/c Art. 32, caput, CE/89 (Princípio da Indisponibilidade do Interesse público).

Responsável: Wilson Berger Costa - Prefeito Municipal

3.2. Por todo o exposto, e diante do preceituado no art. 319, parágrafo único, inciso IV, da Res. TC nº 261/2013, conclui-se opinando por:

3.2.1. Preliminarmente:

3.2.1.1. Não acolhera preliminar de ilegitimidade passivado Parecerista Jurídico, suscitada pelas srs. Lucibéria Paganotto Zorzal e Rosinéia das Graças Pereira Saiter, nos termos do exposto no item 1.1 desta Instrução Técnica Conclusiva;

3.2.1.2. Negar a exequibilidade aos Decretos Municipais nº 157, de 13 de maio de 1997, nº 169, de 19 de maio de 1997, nº 116, de 24 de novembro de 1998, nº 124, de 31 de agosto de 2001, e nº 590, de 31 de dezembro de 2002, por ofensa aos arts. 37, caput, V, 48, X e 61, II, “a”, da CF/88 c/c Art. 32, caput, da Constituição Estadual, promovendo-se o incidente de inconstitucionalidade, conforme os artigos 1º, XXXV, 176 e seguintes, da Lei Complementar 621/2012, com fulcro na Súmula n. 347 do STF;

3.2.1.3. Negar a exequibilidade das Leis nº 1.437, de 31 de março de 1997, nº 1637, de 12 de maio de 2003, nº 1693, de 10 de maio de 2005 e 1.877, de 14 de dezembro de 2009, e Decreto nº 99/11, por ofensa aos arts. 37, caput, V, 48, X e 61, II, “a”, da CF/88 c/c Art. 32, caput, da Constituição Estadual, promovendo-se o incidente de inconstitucionalidade, conforme nos artigos 1º, XXXV, 176 e seguintes, da Lei Complementar 621/2012, com fulcro na Súmula n. 347 do STF.

3.2.2. Rejeitar, parcialmente, as razões de justificativas apresentadas pelo senhor Wilson Berger Costa - Prefeito Municipal, com fundamento no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012- e sugerir a aplicação de multa individual prevista no artigo 135, inciso II, da LCE 621/2012, pelas práticas dos atos ilícitos, presentificados nos itens 2.1, 2.3, 2.5, 2.7 e 2.10 desta ITC.

3.2.3. Rejeitar, parcialmente, as razões de justificativas apresentadas pelos senhores Lucibéria Pagotto Zorzal – Procuradora Municipal - com fundamento no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 e sugerir a aplicação de multa individual prevista no artigo 135, inciso II, da LCE 621/2012, pela prática dos atos ilícitos presentificados nos itens 2.1e 2.3 desta ITC.

3.2.4. Rejeitar as razões de justificativas apresentadas pela senhora Rosinéia das Graças Pereira Saiter - Procuradora Municipal - com fundamento no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 e sugerir a aplicação de multa individual prevista no artigo 135, inciso II, da LCE 621/2012, pela prática do ato ilícito presentificado no item 2.5 desta ITC.

3.2.5. Rejeitar, parcialmente, as razões de justificativas apresentadas pelo senhor Lenemarques Coelho Lemos – Secretário de Finanças, com fundamento no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 e sugerir a aplicação de multa individual prevista no artigo 135, inciso II, da LCE 621/2012, pela prática dos atos ilícitos presentificados nos itens 2.3 e 2.6 desta ITC.

3.2.6. Rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelo senhor Anderson Kuster – Contador com fundamento no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012e sugerir a aplicação de multa individual prevista no artigo 135, inciso II, da LCE 621/2012, pela prática do ato ilícito presentificado no item 2.6 desta ITC.

3.2.7. Acolher as razões de justificativa dos senhores Jonas Caliman Bragatto – Secretário de Obras e Serviços Urbanos e Valdivino Peterle Pagotto – Secretário de Meio Ambiente, quanto aos item 2.2 e 2.4 desta ITC, excluindo suas responsabilidades.

Encaminhados os autos ao Ministério Público de Contas, o procurador Luciano Vieira elaborou o Parecer do Ministério Público de Contas 00627/2018-1 (peça 36), anuindo a proposta técnica.

Por sua vez, o conselheiro relator Domingos Augusto Taufner, apresentou na 39ª sessão ordinária do Plenário, o voto 05543/201-3 (peça 39), acompanhando parcialmente a área técnica e Ministério Público de Contas, como segue transcrito:

[...]

#### **ACÓRDÃO**

**Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os senhores conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Colegiada, ante as razões expostas pelo Relator, em:**

**1. Negar a exequibilidade aos Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011, bem como, de ofício, a do art. 19 da Lei 1.437/97, por ofensa aos arts. 37, caput, V, 48, X e 61, II, “a”, da CF/88, promovendo-se o incidente de inconstitucionalidade, conforme os artigos 1º, XXXV, 176 e seguintes, da Lei Complementar 621/2012, com fulcro na Súmula n. 347 do STF.**

**2. Negar a exequibilidade das Leis Municipais nº 1.437/97, nº 1683/2005 e**

nº 1.877/2009, por ofensa aos arts. 37, caput, V, 48, X e 61, II, “a”, da CF/88, promovendo-se o incidente de inconstitucionalidade, conforme nos artigos 1º, XXXV, 176 e seguintes, da Lei Complementar 621/2012, com fulcro na Súmula n. 347 do STF

3. Promover a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em relação às Leis Municipais nº 1.437/97, na forma do parágrafo único do artigo 335 da Resolução 261/2013 deste TCE, devendo esta declaração só ter eficácia a partir da realização de concurso público e da nomeação dos aprovados para tais cargos, ou no prazo máximo a ser definido no julgamento de mérito deste processo, contados do trânsito em julgado.

4. Promover a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das Leis Municipais nº 1683/2005 e nº 1.877/2009 e os Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011, bem como, de ofício, a do art. 19 da Lei 1.437/1197, devendo esta declaração deva só ter eficácia a partir da publicação desta decisão

[...]

## II FUNDAMENTOS

Insta frisar que neste momento, inauguro minha divergência com relação ao incidente de inconstitucionalidade arguido, no que tange à negativa de exequibilidade das Leis Municipais 1.437/97 e 1.637/2003 (parte do item 2 do voto do relator), no que diz respeito à criação de cargos comissionados naquele executivo municipal, especificamente no caso dos cargos de “Procurador”, “Assistente Jurídico” e “Advogado”, senão vejamos:

2. Negar a exequibilidade das Leis Municipais nº 1.437/97, nº 1683/2005 (...) por ofensa aos arts. 37, caput, V, 48, X e 61, II, “a”, da CF/88, promovendo-se o incidente de inconstitucionalidade, conforme nos artigos 1º, XXXV, 176 e seguintes, da Lei Complementar 621/2012, com fulcro na Súmula n. 347 do STF.

O relator, acompanhando o órgão ministerial arguiu inconstitucionalidade das leis municipais n. 1.437/1997 e 1.637/2003, sob o argumento que as atribuições dos cargos comissionados nelas criados não se enquadravam como atividades de direção, chefia ou assessoramento, em afronta ao texto constitucional disposto no art. 37, inciso V, da CRF/88:

- Lei Municipal n. 1.437/1997, de 31 de março de 1997:

Dispõe sobre a estrutura administrativa do município de Afonso Cláudio e dá outras providências – criou os cargos comissionados de “Procurador”, “Assistente Jurídico”, “Advogado” e “Auxiliar de Chefia”.

- Lei Municipal n. 1.637/2003, de 12 de maio de 2003:

Altera a lei 1.437/1997 e dá outras providências – criou dois cargos comissionados de “Procurador Adjunto”.

Constato que a legislação que trata da estrutura administrativa do município de Afonso Cláudio, criando cargos comissionados para atuar na assistência judiciária e advocacia do órgão, encontra respaldo na jurisprudência mais recente dos tribunais pátrios, que consolidou seu entendimento sobre o assunto no seguinte sentido, como segue transcrito:

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, ao analisar o Recurso Extraordinário 1.156.016, em Decisão Monocrática de 25/09/2018, que os Municípios não têm obrigação de instituir procuradorias, por ausência de previsão na Constituição Federal, nos seguintes termos:

[...]

Saliente-se a inaplicabilidade, in casu, dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal, uma vez que referidas normas não são de observância obrigatória pelos Entes Municipais. Nesse sentido, à guisa de exemplo, foram as seguintes decisões monocráticas:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO — AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO — MUNICÍPIO — PROCURADORIA — INSTITUIÇÃO — OBRIGATORIEDADE — INEXISTÊNCIA — PRECEDENTES — NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou improcedente pedido formalizado em processo objetivo, ante fundamentos assim resumidos:

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Itápolis. Legislação municipal que não prevê a criação de órgão de advocacia pública. Inconstitucionalidade não caracterizada. Ausência de norma constitucional estadual ou federal que imponha a criação de tal órgão no âmbito dos Municípios. Imposição ao Poder Executivo que importaria ofensa ao princípio constitucional da separação dos Poderes. Precedentes do Órgão Especial. Ação julgada improcedente.

Nas razões do extraordinário, o recorrente aponta violados os artigos 29, cabeça, 131 e 132 da Constituição Federal. Discorre sobre a Advocacia Pública, articulando com o caráter de instituição permanente e essencial à administração da Justiça. Aduz a necessidade de observância, pelos Municípios, do modelo constitucional. Afirma configurada mora por parte do Legislativo municipal.

2. O acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência do Supremo, segundo a qual inexistente, considerada a Constituição Federal, a obrigação dos Municípios criarem órgãos de Advocacia Pública. Precedentes: Recurso Extraordinário nº 225.777, Pleno, redator do acórdão ministro Dias Toffoli, publicado no Diário da Justiça de 29 de

agosto de 2011; Recurso Extraordinário nº 690.765, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, com decisão veiculada no Diário da Justiça de 12 de agosto de 2014; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 893.694, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 17 de novembro de 2016. Confirmam a ementa do pronunciamento formalizado nesse último processo:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AUSÊNCIA DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A CRIAÇÃO DE ÓRGÃO DE ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA – SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC/15, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, POR TRATAR-SE, AUSENTE SITUAÇÃO DE COMPROVADA MÁ-FÉ, DE PROCESSO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA (LEI Nº 7.347/85, ART. 18) – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

3. Ante os precedentes, nego seguimento ao extraordinário.” (RE 1.117.576, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 13/6/2018)

“Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado:

‘AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Pretensão que envolve o inciso V do art. 9º da Lei Complementar nº 369/2016 e, por arrastamento, os arts. 8º e 9º da LC nº 235/2009, arts. 1º a 3º da LC nº 359/2015 e as expressões na Secretaria dos Negócios Jurídicos e do Secretário de Negócios Jurídicos do art. 1º, caput e parágrafo único, da LC nº 361/2015. Criação de secretaria que se encontra dentro da autonomia dos municípios para auto-organização, autogoverno e autoadministração, a qual permite estabelecer a sua própria estrutura, dentro dos limites constitucionalmente autorizados. Inexistência de previsão nos textos das Constituições federal e estadual, em seus respectivos arts. 131/132 e 98, de obrigatoriedade de criação de estrutura organizacional da advocacia pública municipal nos exatos moldes instituídos para a Advocacia-Geral da União e para a Procuradoria Geral de cada Estado. Exercício da advocacia pública que faz parte de cargo de caráter permanente e técnico, com atribuições essenciais, que pertence àqueles que tenham sido admitidos no funcionalismo através de concurso público e que são próprios de procuradores municipais – Configuração de inconstitucionalidade, cuja declaração se faz sem redução de texto, o qual deve ser interpretado no sentido de que as atividades específicas de advocacia pública somente podem ser exercidas diretamente pelos procuradores municipais previamente aprovados mediante concurso público. Ação parcialmente procedente.’

O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação aos arts. 29, caput; 131 e 132 da Constituição.

O recurso não deve ser provido. O acórdão recorrido está



alinhado com a jurisprudência desta Corte no sentido de que não há previsão constitucional de obrigação aos municípios de criação de órgão de advocacia pública. Veja-se, nesse sentido, a ementa do RE 893.694 AgR, julgado sob a relatoria do Ministro Celso de Mello:

‘RECURSO EXTRAORDINÁRIO AUSÊNCIA DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A CRIAÇÃO DE ÓRGÃO DE ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL. DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA. SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA. SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC/15, ART. 85, §11). NÃO DECRETAÇÃO, POR TRATAR-SE, AUSENTE SITUAÇÃO DE COMPROVADA MÁ-FÉ, DE PROCESSO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA (LEI Nº 7.347/85, ART. 18). AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.’

Diante do exposto, com base no art. 932, IV e VIII, c/c o art. 1.042, § 5º, do CPC/2015 e no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego provimento ao recurso.” (RE 1.064.618, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 23/8/2017)

“O presente recurso extraordinário foi interposto contra acórdão emanado do E. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que está assim ementado (fls. 386):

‘APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CRIAÇÃO DE CARGO DE PROCURADOR LEGISLATIVO MUNICIPAL. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO DA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. 1) – Segundo o ordenamento jurídico vigente, a criação de cargos no âmbito do Poder Legislativo Municipal, bem como a realização de concurso público, são questões atreladas ao mérito administrativo, não podendo serem impostas pelo Judiciário, em face da independência dos Poderes constituídos. Precedentes do STF. 2) – Se, de alguma forma, a presente ação civil pública serviu como fator positivo de pressão para impulsionar o processo legislativo da Lei Municipal nº 895/2012, que instituiu o Departamento Jurídico da Câmara Municipal de Cidade Ocidental, ocorreu de modo extra autos, na esfera do poder discricionário do Legislativo Municipal, não ensejando o pretendido reconhecimento da procedência do pedido. 3) – APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E IMPROVIDA.’

O recorrente, ao deduzir o apelo extremo em questão, sustentou que o Tribunal ‘a quo’ teria transgredido os preceitos inscritos nos arts. 2º, 37, II, 131 e 132, todos da Constituição da República.

Sendo esse o contexto, passo a examinar a postulação recursal em causa. E, ao fazê-lo, observo que o Plenário do



Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 225.777/MG, Red. p/ o acórdão Min. DIAS TOFFOLI, fixou entendimento que desautoriza a pretensão de direito material ora deduzida.

Cumpre destacar, por oportuno, quanto ao tema da obrigatoriedade de os municípios instituírem órgãos de advocacia pública, ante a inquestionável procedência de suas observações, a decisão proferida pelo eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI (RE 690.765/MG), no sentido de que 'não há na Constituição Federal previsão que os obrigue a essa instituição'.

O exame da presente causa evidencia que o acórdão impugnado em sede recursal extraordinária ajusta-se à diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte estabeleceu na matéria em referência.

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, nego provimento ao recurso extraordinário, por achar-se em confronto com acórdão proferido pelo Plenário desta Suprema Corte (CPC/15, art. 932, IV, 'b').

Não incide, no caso em exame, o que prescreve o art. 85, § 11, do CPC/15, por tratar-se de recurso deduzido contra decisão publicada sob a égide do CPC/73." (RE 963.482, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 14/2/2017)

"Trata-se de recurso extraordinário interposto de acórdão cuja ementa segue transcrita:

'ADMINISTRATIVO – APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELO MUNICÍPIO – POSSIBILIDADE. É manifesta a possibilidade de o ente municipal organizar sua própria procuradoria, podendo cometer a patronos diversos, mediante contratação de terceiros, algumas das atribuições que originariamente seriam de seu procurador, haja vista que em relação a ele não incidem as limitações dos artigos 131 e 132 da CF/88' (fl. 463).

No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alega-se contrariedade aos arts. 37, II, 131 e 132 da mesma Carta.

Argumenta que

'(...) pelo princípio da simetria, os municípios não podem desgarrar do modelo de organização estabelecido pela Constituição Federal para a União e os Estados. (...)

(...) não pode o Município, ainda que amparado pela Lei Municipal 1.736/05, delegar a terceiros a cobrança administrava e/ou judicial dos créditos tributários e não tributários inscritos na dívida.

De outro lado, a previsão constitucional do concurso público, art. 37, inciso II, da CR/88, busca trazer para a Administração Pública as pessoas mais capacitadas para o exercício das funções, de forma que a população tem a

segurança de que o dinheiro público está sendo bem empregado' (fl. 503- 504).

Verifico que a pretensão recursal trazida no recurso extraordinário não merece acolhida.

Consta do voto do Relator do acórdão recorrido:

'(...) não vejo impedimento para a terceirização de serviços jurídicos pelo ente municipal, ainda em sede de cobrança de dívida ativa do Município, uma vez que as normas dos artigos 131 e 132 da CF/88 têm sua aplicação restrita a Estados e União Federal, sendo cediço que não são normas de repetição obrigatória na federação brasileira, que, como se sabe é assimétrica. (...) Com efeito, ao Município foi concedido poder de auto organizar-se mediante a edição de lei orgânica (artigo 29 da CF/88), inclusive com a faculdade de legislar sobre assuntos de interesse local (artigo 30, I, da CF/88), como aquele ora em debate, que trata da organização municipal dos serviços advocatícios necessários à defesa e ao manejo de ações em sede judicial, sendo mesmo certo que a instituição de procuradoria em nível municipal é decisão a ser tomada mediante a observância das peculiaridades locais, perquirindo-se acerca da necessidade de criação de tal órgão' (fl. 467).

Quanto à alegada obrigatoriedade dos municípios instituírem órgãos de advocacia pública em suas administrações, o acórdão recorrido harmoniza-se com o que assentado pelo Plenário desta Suprema Corte no julgamento do Recurso Extraordinário 225.777/MG, Redator para o acórdão o Min. Dias Toffoli, pois não há na Constituição Federal previsão que os obrigue a essa instituição. Por oportuno, transcrevo a ementa desse julgado: (...)

Isso posto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF)." (RE 690.765, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 8/8/2014)

Assentada a inaplicabilidade dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal ao caso em tela, pontuo, ainda, que **a jurisprudência desta Suprema Corte se firmou no sentido da inexistência de obrigatoriedade de os Municípios instituírem órgãos próprios de representação judicial – Procuradorias do Município e da Câmara Municipal, por ausência de previsão na Constituição da República. (g.n.)**

[...]

No mesmo sentido, o Relator Ministro Ricardo Lewandowski, ao analisar o Recurso Extraordinário 690.765 manifestou pela possibilidade de terceirização dos serviços advocatícios, na forma colacionada:

[...]

Consta do voto do Relator do acórdão recorrido:

**“(…) Não vejo impedimento para a terceirização de serviços jurídicos pelo ente municipal,** ainda em sede de cobrança de dívida ativa do Município, uma vez que as normas dos artigos 131 e 132 da CF/88 têm sua aplicação restrita a Estados e União Federal, sendo cediço que não são normas de repetição obrigatória na federação brasileira, que, como se sabe é assimétrica.

(…)

Com efeito, ao Município foi concedido poder de autoorganizar-se medianre a edição de lei orgânica (artigo 29 da CF/88), inclusive com a faculdade de legislar sobre assuntos de interesse local (artigo 30, I, da CF/88), como aquele ora em debate, que trata da organização municipal dos serviços advocatícios necessários à defesa e ao manejo de ações em sede judicial, **sendo mesmo certo que a instituição de procuradoria em nível municipal é decisão a ser tomada mediante a observância das peculiaridades locais, perquirindo-se acerca da necessidade de criação de tal órgão”.** (g.n.)

Quanto à alegada obrigatoriedade do município instituírem órgãos de advocacia pública em sua administrações, o acórdão recorrido harmoniza-se com o que assentado pelo Plenário desta Suprema Corte no julgamento do Recurso Extraordinário 225.777/MG, Redator para o acórdão o Min. Dias Toffoli, **pois não há na Constituição Federal previsão que os obrigue a essa instituição.** Por oportuno, transcrevo a ementa desse julgado:

*“Recurso Extraordinário. Processo Civil. Ação civil pública ajuizada por membro do Ministério Público estadual julgada extinta por ilegitimidade ativa e por se tratar de meio inadequado ao im perseguido. 1. O Ministério Público detém legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública intentada com o ito obter condenação de agente público ao ressarcimento de algados prejuízo qu sua atuação tria causado ao erário. 2. Meio processual, ademais, que se mostra dequado a esse im, ainda qu o titular do ddirito, em tese, lesado pelo ato não tenha proposto, m seu nome próprio, a competente ação de ressarcimento. 3. **Ausência de previsão, na Contituição Federal, da figura da advocacia pública municipal,** a corroborar tal entendimento. 4. Recurso provido para afatar o devreto de extinção do fito, determinando-se seu regular prosseguimento.”* (grifei)

[...]

Assim, entendo que a jurisprudência evoluiu no sentido de que o legislador constituinte não estendeu a obrigatoriedade aos municípios de instituírem órgãos próprios de representação judicial.

Todavia, no âmbito do Estado do Espírito Santo foi apresentada proposta de Emenda à Constituição nº 03/2018 visando a inserção da Seção II-A, com a inclusão do art. 122-A, na Constituição Estadual, o que foi aprovado por maioria absoluta, nos seguintes termos:

**EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 112, DE 10 DE DEZEMBRO DE 2018**

Inserir a Seção II-A com o art. 122-A na Constituição Estadual, regulamentando a Procuradoria Geral do Município.

**A MESA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, nos termos do artigo 62, § 3º da Constituição Estadual, promulga a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Art. 1º** Fica inserida a [Seção II-A com o art. 122-A na Constituição Estadual](#), regulamentando a Procuradoria Geral do Município, com a seguinte redação:

“Seção II-A

Da Procuradoria Geral do Município

**Art. 122-A. A Procuradoria Geral é o órgão que representa o Município, judicial e extrajudicialmente**, cabendo-lhe, **privativamente**, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Municipal.

§ 1º A Procuradoria Geral tem por chefe o Procurador Geral do Município, de livre nomeação pelo Prefeito, dentre advogados com experiência comprovada de pelo menos cinco anos de exercício profissional, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º **O ingresso nas classes iniciais da carreira de Procurador Municipal far-se-á mediante concurso público de provas e títulos**, com participação obrigatória da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 3º Lei complementar disporá sobre a organização e o funcionamento da Procuradoria Geral do Município.

§ 4º Os integrantes da Procuradoria Geral do Município e da Procuradoria Geral da Câmara de Vereadores são remunerados por iguais vencimentos ou subsídios, em valor digno e compatível com sua importância para o Estado Democrático de Direito.

§ 5º Compete à Procuradoria Geral da Câmara de Vereadores a representação judicial e extrajudicial do Poder Legislativo nos atos praticados pelos seus representantes ou por sua administração interna.”

**Art. 2º** Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Como se percebe, a Emenda Constitucional n.112/2018 inseriu na Constituição Estadual regulamentação criando obrigações referente às procuradorias municipais inexistentes nos artigos 131 e 132 da CF/88 e contrárias à jurisprudência do STF.

Contudo, na análise do Recurso Extraordinário 1.156.016, em Acórdão de 06/05/2019 do Supremo Tribunal Federal (STF), foi decidido que não cabe à Carta Estadual restringir o poder de auto-organização dos Municípios, nos seguintes termos:

[...]

Demais disso, o acórdão recorrido não divergiu da jurisprudência desta Corte no sentido de que **a Constituição Federal dispõe expressamente sobre as hipóteses em que o legislador municipal deve observância obrigatória aos ditames da Constituição Estadual, como fez nos incisos VI, IX e X do**

**artigo 29 da Constituição de 1988. Portanto, não estando a organização da advocacia pública inserida nessas hipóteses não cabe à Carta Estadual restringir o poder de auto-organização dos Municípios de modo a agravar os parâmetros limitadores previstos na Lei Maior.** Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência desta Corte, como se infere dos seguintes julgados:

"DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI MUNICIPAL QUE CRIA CARGO EM COMISSÃO PARA A CHEFIA DA PROCURADORIA DO MUNICÍPIO. DIVERGÊNCIA COM O PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. AUTONOMIA MUNICIPAL. 1. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de que não cabe à Constituição Estadual restringir o poder de auto-organização dos Municípios de modo a agravar os parâmetros limitadores previstos na Constituição Federal. 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que, na hipótese, não é cabível condenação em honorários advocatícios. 3. Agravo interno a que se nega provimento." (RE 883.446-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 16/6/2017)

"DIREITO ADMINISTRATIVO. AUTONOMIA MUNICIPAL. ADVOCACIA PÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 29, CAPUT, 98, 99, I E VI, 131 E 132 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. 1. O entendimento assinalado na decisão agravada não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. 2. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo interno conhecido e não provido." (RE 1.154.762-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 13/2/2019)

[...]

Ademais, a jurisprudência vem se manifestando no sentido da possibilidade de contratação de advogado terceirizado, conforme exposto na Apelação Cível nº 1.0476.09.008786-9/002 oriunda do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

[...]

"ADMINISTRATIVO – APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS PELO MUNICÍPIO – POSSIBILIDADE

- É manifesta a possibilidade de o ente municipal organizar sua própria procuradoria, podendo cometer a patronos diversos, mediante contratação de terceiros, algumas das atribuições que originariamente seriam de seu procurador, haja vista que em relação a ele não incidem as limitações dos artigos 131 e 132 da CF/88."

[...]

Assim, tampouco vislumbro ilegalidade nas contratações efetuadas pelo poder público, porquanto embasadas no diploma legal em comento, não havendo mesmo qualquer alusão ao fato de os serviços não terem sido prestados pelos escritórios de advocacia contratados ou mesmo qualquer alegação de que o valor do pacto seja desproporcional ao objeto do acordo.

E nem se diga que o suposto dano ao erário resida na necessidade de contratação de terceiros quando as tarefas a serem executadas poderiam tê-lo sido pelo próprio procurador municipal, pois, consoante asseverado pelo réu, sua procuradoria é constituída por apenas um funcionário, a quem é inviável prestar assessoria jurídica ao município em todo e qualquer litígio em que tenha interesse.

**E cediço é que a jurisprudência vem se manifestando no sentido da possibilidade de contratação de advogado terceirizado, ainda em existindo procuradoria municipal, quando a estrutura desta mostra-se insuficiente para o número de ações judiciais de que participa o ente municipal ou quando o caso é de excepcional complexidade, requerendo conhecimento técnico específico ou grande experiência profissional.**

Recorrendo novamente ao texto supracitado, dele se extrai:

“Outra questão se apresenta percuciente ao tema: nos casos dos entes que contam com Procuradorias organizadas com servidores de carreira, conforme preceito da Lei Maior, poderia haver contratação de advogados particulares? Quanto a essa indagação, tanto a doutrina como a jurisprudência sinalizam afirmativamente, justificando-se tal operação a partir de várias hipóteses, v.g., em razão de um acréscimo extraordinário de serviço, "quando o setor jurídico do ente estatal não puder atender toda a demanda, porque esta se apresenta temporariamente excessiva para o seu número de funcionários" (NIEBUHR, 2003, p. 200) ou ainda no caso de os "Procuradores com vínculo funcional com a Administração têm a função de atender as necessidades mais usuais, podendo enfrentar alguma dificuldade diante de situações incomuns e complexas." (ROLLO, 2003, p. 37)

Nessa esteira de pensamento é compreensível e plenamente justificável que haja "compatibilidade da contratação de serviços jurídicos externos com a manutenção de um quadro de procuradores de carreira, diante de necessidades excepcionais que exijam, por exemplo, conhecimento jurídico específico de determinada área". (NAVES, 2008. p. 37)

Afinados com esse pensamento, nossos tribunais são pródigos na linha de afirmação que a existência de Procuradoria Jurídica formada por servidores de carreira em nada obsta, atendidas certas circunstâncias, que a representação judicial de entes públicos possa se materializar por meio de profissional liberal que não necessariamente tenha vínculo estatutário com o respectivo órgão." (g.n)

[...]

Além disso, a doutrina se mostra harmônica em relação à desnecessidade de provimento efetivo para os cargos de Procurador Municipal, Advogado Público, Assistente Jurídico, entre outros, que da mesma forma atuem na representação judicial dos órgãos públicos, deixando bem claro que a Constituição Federal, em seu art. 131 e 132, deu dignidade à Advocacia Pública, com destaque à União, Estados e ao Distrito Federal, entretanto, a mesma foi silente em relação aos Municípios, uma vez que não restou estabelecido um órgão independente e autônomo de advocacia pública, conforme disposto:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (EC no 19/98) Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Assim, conclui-se que o constituinte não obrigou os entes municipais a estruturarem suas atividades de representação judicial, consultoria e assessoramento jurídico da mesma forma que o fez para a União, Estados e Distrito Federal.

Ao definir desta forma, os doutrinadores reconheceram a divergência de tratamento dada aos entes da federação pelo legislador constituinte, ante as significativas diferenças existentes no mosaico federativo brasileiro. As realidades orçamentárias, administrativas, populacionais e econômicas dos 5.570 municípios são muito discrepantes. Há a cidade de São Paulo com 12.176.866 milhões de habitantes e Serra da Saudade-MG com 786 habitantes.

Portanto, concernente à regra imposta nos aludidos artigos 131 e 132 da CRFB, cabe somente à União, aos Estados e ao Distrito Federal a representação judicial por órgãos formados por profissionais de carreira, através da Advocacia-Geral e Procuradoria-Geral, bem como demais Procuradorias do Estado, nesse contexto, impõe-se observar a ausência de referência aos entes da Administração indireta e aos Municípios.

A esse respeito observa Rubens Naves que "há autonomia para o Município e o órgão da Administração indireta definirem suas estruturas administrativas, com atenção às peculiaridades de cada ente, que podem ou não justificar a existência de uma



procuradoria própria." (NAVES, 2008. p. 36).

Ainda a esse respeito pondera-se que "a disposição constitucional não alcança os Municípios, pois para estes não é obrigatória a manutenção de um quadro próprio de procuradores, muito embora esta seja evidentemente recomendável." (ROLLO, 2003, p. 34)

Revolvendo as possíveis razões de o legislador constituinte não ter estendido tal obrigatoriedade a outros entes, assevera a doutrina que "(...) esse é um eloqüente silêncio [por parte da Constituição], ditado pelo simples bom senso, pois existem municípios de todos os portes que comportam ou não a instituição de uma procuradoria." (DALLARI, 1998 apud NAVES, 2008, p. 37)

A partir desse juízo fica esclarecido o porquê de o constituinte ter isentado os municípios e entes da Administração indireta da compulsória instituição de Procuradorias, sobretudo, nos casos das pequenas localidades, desprovidos de recursos públicos e com uma demanda judicial de pequena monta que torna supérflua, não obstante ser sempre recomendável a instalação de uma Procuradoria municipal constituída por servidores de carreira.

De fato, segundo o ordenamento jurídico vigente, a criação de cargos no âmbito dos municípios, bem como, a realização de concurso público, são questões atreladas ao mérito administrativo, não podendo ser impostas, em face a independência dos poderes constituídos.

Cabe, então, ao município o poder de auto-organizar-se, cuja decisão, sempre precedida de avaliação de custo-benefício, de instituir ou não uma carreira, cujos cargos tenham como atribuição a representação judicial do órgão, é discricionária e deve observar as peculiaridades locais.

Pela situação fática no município de Afonso Cláudio, os cargos efetivos de procuradores municipais e advogados, existentes na estrutura administrativa de carreira, não se encontram preenchidos mediante concurso público (à exceção do que se encontra licenciado).

Nestas circunstâncias, denoto que o gestor adotou o modelo híbrido de contratação, ou



ainda, em razão da licença do servidor efetivo, optou para que todas as atribuições da procuradoria fossem exercidas por servidores comissionados, ambas situações perfeitamente admitidas pelo direito, conforme julgados citados.

Assim, entendo como legítima a medida adotada no caso concreto pelo executivo municipal, de criação de cargos comissionados de Procurador Municipal, Advogado, Assistente Jurídico e Procurador Adjunto, na forma das leis municipais n. 1.437/1997 e 1.637/2003, razão pela qual entendo por não acolher o incidente de inconstitucionalidade das precitadas leis.

Todavia, se o gestor optar por manter a Procuradoria Municipal constituída por servidores de carreira, recomendo ao chefe do Poder Executivo Municipal, que estruture, mínima e suficientemente, um quadro de servidores públicos, remunerado adequadamente à realidade local, com apenas o quantitativo de cargos efetivos necessários para o desempenho das atividades, adotando-se como premissa de uma gestão fiscal responsável e absoluta prudência na geração de despesas com pessoal, consideradas de natureza permanente e perenes, entendidas como o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

Contudo, entendo por acompanhar a proposta de encaminhamento disposta no voto do relator, no que diz respeito aos demais tópicos, já que a criação de órgãos na estrutura administrativa de um órgão público deve ser realizada por intermédio de lei, sendo, portanto, inconstitucional o art. 19 da lei municipal n. 1.437/1999, que autoriza o prefeito a complementar a estrutura prevista naquela Lei, criando, através de decreto, outros órgãos de nível hierárquico inferior ao de Secretaria, em afronta ao art. 48, inciso X, e art. 61, § 1º, inciso II, alínea 'a', da Constituição da República Federal.

Ademais, destaco que a criação de qualquer cargo público, inclusive daqueles de provimento em comissão, deve se dar por meio de lei, revelando-se inconstitucionais os decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002, 99/2011, vez que criaram cargos comissionados, em desrespeito ao princípio da legalidade, previsto no

art. 37, caput, bem como ao art. 48, inciso X, e art. 61, § 1º, inciso II, alínea 'a', da Constituição da República Federal.

Por fim, entendo pela inconstitucionalidade das leis n. 1683/2005 e n. 1.877/2009, uma vez que trataram da criação de cargos comissionados, sem previsão de suas atribuições da forma mais completa possível, de modo a impossibilitar o reconhecimento das atividades inerentes aos comissionados, de chefia, direção e assessoramento, em afronta ao art. 37, V, da CRF/88, a saber:

Lei n. 1683/2005: cria a Secretaria Municipal de Meio Ambiente e cria o cargo comissionado de "Auxiliar de Chefia";

Lei n. 1.877/2009: cria o cargo comissionado de "Assistente Técnico".

Nesse cenário, acompanho o entendimento vertido no voto do relator, quanto à necessária modulação de efeitos dos atos e leis declarados inexecutáveis pela inconstitucionalidade de seus termos, na forma do parágrafo único do artigo 335 da Resolução n. 261/2013, Regimento Interno deste TCE: "poderá o Plenário, por razões de segurança jurídica e excepcional interesse público, por maioria absoluta, modular os efeitos da decisão".

Assim, entendo que as Leis Municipais n. 1683/2005 e n. 1.877/2009 e os Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011, bem como o art. 19 da Lei 1.437/1197, deverão ser declarados inconstitucionais a partir da publicação desta decisão.

### **III PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO**

Por todo o exposto e com base na competência outorgada pelo inciso V, do artigo 29, da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), divirjo parcialmente do entendimento da área técnica, do Ministério Público e do Relator e **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação:

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

III.1 **NÃO ACOLHER** a proposta de encaminhamento contida no voto do relator, no que diz respeito a negativa de exequibilidade das leis municipais n. 1.437/1997 e 1.637/2003, por não reconhecer a inconstitucionalidade alegada nas referidas leis de criação de cargos comissionados de Procurador Municipal, Advogado, Assistente Jurídico e Procurador Adjunto, na forma da fundamentação constante deste voto;

III.2 **NEGAR** exequibilidade aos Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002, 99/2011, e ao art. 19 da Lei 1.437/97, bem como as Leis n. 1683/2005 e n. 1.877/2009, por ofensa, respectivamente, ao art. 37, caput, art. 61, inciso II, alínea a, e ao art. 48, inciso X, bem como ao art. 37, inciso V, ambos da CRF/88, promovendo-se o incidente de inconstitucionalidade, conforme os artigos 1º, XXXV, 176 e seguintes, da Lei Complementar 621/2012;

III.3 **PROMOVER** a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das Leis Municipais n. 1683/2005 e n. 1.877/2009 e dos Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011, bem como do art. 19 da Lei n. 1.437/1197, devendo esta declaração só ter eficácia a partir da publicação desta decisão, acompanhando a fundamentação constante no voto do relator e transcrita neste voto;

III.4 Após, sejam os autos devolvidos à 2ª Câmara para apreciação do mérito.

**Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun**  
**Conselheiro**

## **VOTO-VISTA**

**O EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO**

### **1 RELATÓRIO**

Solicitei vista deste processo, da Relatoria do Conselheiro Domingos Taufner, a fim de analisar as teses apresentadas, o que me permitiu elaborar o presente voto vista, que submeto à apreciação do Colegiado.

Trata-se de **auditoria ordinária** realizada na **Prefeitura Municipal de Afonso Cláudio** em cumprimento ao Plano e Programa de Auditoria Ordinária nº 164/2014 (fls. 01 - 03), referente ao **exercício de 2013**, cuja gestão foi de responsabilidade do senhor Wilson Berger Costa.

Dos trabalhos resultou o Relatório de Auditoria RA-O 81/2014 (fls.04 - 62), em que foram identificados indícios de irregularidades, posteriormente reproduzidos na **Instrução Técnica Inicial ITI 104/2015** (fls. 645 - 708), com proposta de citação dos responsáveis, inclusive, acrescentando a citação dos presidentes da CPL nos exercícios de 2012, 2013 e 2014, e conversão do processo em tomada de contas especial, bem como expedição de determinações.

Entretanto, o Conselheiro Relator, divergindo parcialmente da área técnica, teve seu voto acolhido pelo colegiado, que proferiu a **Decisão – 2ª Câmara 01727/2016-8**, determinando a **citação** dos responsáveis, senhores Wilson Berger Costa – Prefeito Municipal, Anderson Kuster – Contador, Lenemarques Coelho Lemos – Secretário Municipal de Finanças, Rosinéia das Graças Pereira Saiter – Procuradora Municipal, Lucibéria Pagotto Zorzal – Procuradora Geral, Valdivino Peterle Paganotto – Secretário Municipal de Meio Ambiente e Jonas Caliman Bragatto – Secretário de Obras.

Neste sentido, deixou de citar os Srs. Marcos Frizzera Dias, Rachel Turial Lamas e Eliida Maria Bissoli, presidentes das CPL's nos exercícios de 2012 a 2014, por entender não haver responsabilidade a ser imputada a eles, nos termos do Voto de fls. 797- 803.

Devidamente citados, o senhor Wilson Berger Costa, o senhor Anderson Kuster, Lenemarques Coelho Lemos, o senhor Valdivino Peterle Paganotto e o senhor Jonas Caliman Bragatto apresentaram a defesa conjunta acostada às fls.830 a 884, e a senhor Rosinéia das Graças Pereira Saiter e senhora Lucibéria Pagotto Zorzal, as justificativas de fls. 1246 a 1285.

Em seguida, o Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC elaborou **Instrução Técnica Conclusiva – ITC 474/2017** (fls. 1451 - 1550), apresentando a seguinte proposta de encaminhamento:

“(…) 3-CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

3.1 Após a análise dos fatos constantes dos presentes autos que versam sobre o Relatório de Auditoria RA-O 81/2014na Prefeitura Municipal de Afonso Cláudio, relativo ao exercício de2013, entende-se que devem ser mantidas as seguintes irregularidades:

3.1.1. BURLA AO CONCURSO PÚBLICO EM RAZÃO DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS TÍPICOS DE SERVIDORES EFETIVOS (item 2.1 desta ITC)

Base Legal: Art. 37, caput, e II, da CF/88 e Art. 57, II, da Lei nº 8.666/1993.

Responsáveis: Wilson Berger Costa - Prefeito Municipal;

Lucibéria Pagotto Zorzal – Procuradora Municipal

3.1.2. AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO DETALHADO EM PLANILHAS QUE EXPRESSEM A COMPOSIÇÃO DOS CUSTOS UNITÁRIOS (item 2.3 desta ITC)

Base legal: Artigo 7º, §2º, II, da Lei nº 8.666/93.

Responsáveis: Wilson Berger Costa – Prefeito Municipal;

Lenemarques Coelho Lemos – Secretário de Finanças;

Lucibéria Pagotto Zorzal – Procuradora Municipal

3.1.3. CLÁUSULA RESTRITIVA À COMPETITIVIDADE (item 2.5 desta ITC)

Base Legal: Artigo 37, caput, da CF/88 (Princípio da Moralidade e da Impessoalidade); e Artigo 3º, § 1º, I e 30, II, e § 5º, da Lei 8.666/93.

Responsáveis: Wilson Berger Costa – Prefeito Municipal

Rosinéia das Graças Pereira Saiter - Procuradora Municipal

3.1.4. CONTABILIZAÇÃO INDEVIDA DE DESPESAS COM TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA RELATIVA À SUBSTITUIÇÃO DE SERVIDORES EFETIVOS (item 2.6 desta ITC).

Base Legal: Art. 18, §1º da Lei Complementar nº 101/2000 c/c Plano de Contas Aplicado ao Setor Público, Portaria STN nº 406/2011 e da Resolução TCE/ES nº 242/2012.

Responsáveis: Lenemarques Coelho Lemos – Secretário Municipal de Finanças;

Anderson Kuster – Contador

3.1.5. PROVER CARGOS EM COMISSÃO PARA DESEMPENHAR FUNÇÕES DE CARATÉR TÉCNICO, NÃO CARACTERIZADAS COMO ATIVIDADES DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ACESSORAMENTO (item 2.7 desta ITC).

Base Legal: Art. 37, V, e 61, II, “a”, da CF/88.

Responsável: Wilson Berger Costa-Prefeito Municipal

3.1.6. NOMEAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS EM CARGOS COMISSIONADOS CRIADOS ATRAVÉS DE DECRETOS (item 2.10 desta ITC).

Base legal: Art. 37, caput, V, 48, X e 61, II, "a", da CF/88 c/c Art. 32, caput, CE/89 (Princípio da Indisponibilidade do Interesse público).

Responsável: Wilson Berger Costa - Prefeito Municipal

3.2. Por todo o exposto, e diante do preceituado no art. 319, parágrafo único, inciso IV, da Res. TC nº 261/2013, conclui-se opinando por:

3.2.1. Preliminarmente:

3.2.1.1. Não acolhera preliminar de ilegitimidade passivado Parecerista Jurídico, suscitada pelas srs. Lucibéria Paganotto Zorzal e Rosinéia das Graças Pereira Saiter, nos termos do exposto no item 1.1 desta Instrução Técnica Conclusiva;

**3.2.1.2. Negar a exequibilidade aos Decretos Municipais nº 157, de 13 de maio de 1997, nº 169, de 19 de maio de 1997, nº 116, de 24 de novembro de 1998, nº 124, de 31 de agosto de 2001, e nº 590, de 31 de dezembro de 2002, por ofensa aos arts. 37, caput, V, 48, X e 61, II, "a", da CF/88 c/c Art. 32, caput, da Constituição Estadual, promovendo-se o incidente de inconstitucionalidade, conforme os artigos 1º, XXXV, 176 e seguintes, da Lei Complementar 621/2012, com fulcro na Súmula n. 347 do STF;**

**3.2.1.3. Negar a exequibilidade das Leis nº 1.437, de 31 de março de 1997, nº 1637, de 12 de maio de 2003, nº 1693, de 10 de maio de 2005 e 1.877, de 14 de dezembro de 2009, e Decreto nº 99/11, por ofensa aos arts. 37, caput, V, 48, X e 61, II, "a", da CF/88 c/c Art. 32, caput, da Constituição Estadual, promovendo-se o incidente de inconstitucionalidade, conforme nos artigos 1º, XXXV, 176 e seguintes, da Lei Complementar 621/2012, com fulcro na Súmula n. 347 do STF.**

3.2.2. Rejeitar, parcialmente, as razões de justificativas apresentadas pelo senhor Wilson Berger Costa - Prefeito Municipal, com fundamento no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 e sugerir a aplicação de multa individual prevista no artigo 135, inciso II, da LCE 621/2012, pelas práticas dos atos ilícitos, presentificados nos itens 2.1, 2.3, 2.5, 2.7 e 2.10 desta ITC.

3.2.3. Rejeitar, parcialmente, as razões de justificativas apresentadas pelos senhores Lucibéria Pagotto Zorzal – Procuradora Municipal - com fundamento no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 e sugerir a aplicação de multa individual prevista no artigo 135, inciso II, da LCE 621/2012, pela prática dos atos ilícitos presentificados nos itens 2.1 e 2.3 desta ITC.

3.2.4. Rejeitar as razões de justificativas apresentadas pela senhora Rosinéia das Graças Pereira Saiter - Procuradora Municipal - com fundamento no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 e sugerir a aplicação de multa individual prevista no artigo 135, inciso II, da LCE 621/2012, pela prática do ato ilícito presentificado no item 2.5 desta ITC.

3.2.5. Rejeitar, parcialmente, as razões de justificativas apresentadas pelo senhor Lenemarques Coelho Lemos – Secretário de Finanças, com fundamento no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 e sugerir a aplicação de multa individual prevista no artigo 135, inciso II, da LCE 621/2012, pela prática dos atos ilícitos presentificados nos itens 2.3 e 2.6 desta ITC.

3.2.6. Rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelo senhor Anderson Kuster – Contador com fundamento no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 e sugerir a aplicação de multa individual prevista no artigo 135, inciso II,

da LCE 621/2012, pela prática do ato ilícito presentificado no item 2.6 desta ITC.

3.2.7. Acolher as razões de justificativa dos senhores Jonas Caliman Bragatto – Secretário de Obras e Serviços Urbanos e Valdivino Peterle Pagotto – Secretário de Meio Ambiente, quanto aos item 2.2 e 2.4 desta ITC, excluindo suas responsabilidades. (grifou-se) (...)

Instado a se manifestar, o Ministério Público de Contas emitiu o **Parecer nº 627/2018** (fls. 1554-1575), de lavra do Procurador Luciano Vieira, com a seguinte conclusão:

**“(...) III - CONCLUSÃO**

Ante todo o exposto, pugna o **Ministério Público de Contas**:

**1 – Preliminarmente, na forma dos arts. 176 e 177 da LC n. 621/2012 c/c arts. 332 e 333 do RITCEES, seja instaurado incidente de inconstitucionalidade para negar exequibilidade aos Decretos n.s 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011 e às Leis Municipais n.s 1.437/97, 1.637/03, 1.683/05 e 1.877/09, observada a reserva de plenário, exigida pelo art. 97 da Constituição Federal.**

**2 – Quanto ao mérito:**

**2.1 – com espeque no art. 87, inciso IV, c/c 135, incisos I, II e III, da LC n. 621/2012 e art. 389, incisos I, II e III do RITCEES, cominar multa pecuniária a WILSON BERGER COSTA, LUCIBÉRIA PAGOTTO ZORZAL, LENEMARQUES COELHO LEMOS, ROSINÉIA DAS GRÇAS PEREIRA SAITER, ANDERSON KUSTER;**

**2.2 – nos termos do art. 87, inciso VI, da LC n. 621/2012 seja expedidas as seguintes determinações ao atual gestor:**

- a) que no prazo de 30 (trinta) dias adote as medidas necessárias às correções das situações de ilegalidade e inconstitucionalidade verificadas nestes autos;**
- b) que elimine, no prazo de 30 (trinta) dias, os provimentos sem embasamento legal e constitucional, cujos atos não possam ser convalidados por alteração legislativa sem violação ao texto constitucional. (grifou-se)”**

Encaminhados os autos ao gabinete, o Conselheiro Relator Domingos Taufner apresentou o Voto de fls. 1581 – 1596, nos seguintes termos:

5. **Negar a exequibilidade** aos Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011, bem como, de ofício, a do art. 19 da Lei 1.437/1197, por ofensa aos arts. 37, caput, V, 48, X e 61, II, “a”, da CF/88, promovendo-se o **incidente de inconstitucionalidade**, conforme os artigos 1º, XXXV, 176 e seguintes, da Lei Complementar 621/2012, com fulcro na Súmula n. 347 do STF.
6. **Negar a exequibilidade** das Leis Municipais nº 1.437/97, nº 1683/2005 e nº 1.877/2009, por ofensa aos arts. 37, caput, V, 48, X e 61, II, “a”, da CF/88, promovendo-se o **incidente de inconstitucionalidade**, conforme nos artigos 1º, XXXV, 176 e seguintes, da Lei Complementar 621/2012, com fulcro na Súmula n. 347 do STF
7. Promover a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em relação às Leis Municipais nº 1.437/97, na forma do parágrafo único do artigo 335 da Resolução 261/2013 deste TCE, devendo esta declaração só ter eficácia a partir da realização de concurso público e da nomeação dos aprovados para tais cargos, ou no **prazo máximo a ser definido no julgamento de mérito deste processo, contados do trânsito em julgado**
8. Promover a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das Leis Municipais nº 1683/2005 e nº 1.877/2009 e os Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011, bem como, de ofício, a do art. 19 da Lei 1.437/1197, devendo esta declaração deva só ter eficácia a partir da publicação desta decisão. (...)

Em seguida, o Conselheiro Rodrigo Chamoun apresentou o Voto Vista189/2019 (fls. 1611 - 1630, nos seguintes termos:

“(...) III.1 **NÃO ACOLHER** a proposta de encaminhamento contida no voto do relator, no que diz respeito a negativa de exequibilidade das leis municipais n. 1.437/1997 e 1.637/2003,



por não reconhecer a inconstitucionalidade alegada nas referidas leis de criação de cargos comissionados de Procurador Municipal, Advogado, Assistente Jurídico e Procurador Adjunto, na forma da fundamentação constante deste voto;

III.2 **NEGAR** exequibilidade aos Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002, 99/2011, e ao art. 19 da Lei 1.437/97, bem como as Leis n. 1683/2005 e n. 1.877/2009, por ofensa, respectivamente, ao art. 37, caput, art. 61, inciso II, alínea a, e ao art. 48, inciso X, bem como ao art. 37, inciso V, ambos da CRF/88, promovendo-se o incidente de inconstitucionalidade, conforme os artigos 1º, XXXV, 176 e seguintes, da Lei Complementar 621/2012;

III.3 **PROMOVER** a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das Leis Municipais n. 1683/2005 e n. 1.877/2009 e dos Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011, bem como do art. 19 da Lei n. 1.437/1197, devendo esta declaração só ter eficácia a partir da publicação desta decisão, acompanhando a fundamentação constante no voto do relator e transcrita neste voto;

III.4 Após, sejam os autos devolvidos à 2ª Câmara para apreciação do mérito. (...)”

Notas Taquigráficas e Memorial foram juntados aos autos (fls. 1633 – 1721). A sustentação oral foi realizada na 41ª sessão ordinária da Segunda Câmara, Colegiado competente para o julgamento do feito.

O Ministério Público de Contas solicitou vista dos autos, apresentando às fls. 1728 – 1736 o Parecer 215/2020, reiterando o Parecer 627/2018, anteriormente proferido.

Com pedido de vistas vieram os autos a este Gabinete.

É o relatório.

## **2 FUNDAMENTAÇÃO**

Importante esclarecer que o julgamento dos presentes autos é de competência da Segunda Câmara. Entretanto, em razão do surgimento de incidente de inconstitucionalidade, a matéria foi apresentada no Plenário, para apreciação, na forma regimental.

Neste sentido, no atual momento processual, a análise cingi-se à apreciação do incidente de inconstitucionalidade proposto.

Pedi vista dos presentes autos a fim de me inteirar da divergência apresentada no Voto Vista do Conselheiro Rodrigo Chamoun.

Após análise dos autos, observo que o Incidente de Inconstitucionalidade foi apresentado na Instrução Técnica Conclusiva ITC 474/2017, da seguinte forma:

**1.2 – INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE: DECRETOS QUE DISPÕEM SOBRE A CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO (ITEM 2.10,1 DA ITI Nº 104/2015)**

• DECRETOS NºS 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002

**1.3 – INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE: LEIS E DECRETO QUE DISPÕEM SOBRE A CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO**

**1.3.1 – INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS NºS 1.437/97, 1.637/2003, 1.693/2005 E 1.877/2009**

**1.3.2 – INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO Nº 99/2011**

Constata-se inexistir divergência sobre a negativa de exequibilidade aos Decretos que criam cargos em comissão (itens 1.2 e 1.3.2).

A matéria foi apresentada no Voto do Conselheiro Relator nos seguintes termos, que acolho na íntegra:

“(…) Inicialmente, com uma simples leitura, é possível observar a flagrante violação das normas constitucionais contidas nos art. 48, X e art. 61, §1º, II, “a”, conforme redação abaixo:

**Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional**, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

X - **criação, transformação e extinção de cargos**, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b);

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as **leis** que:

II - **disponham** sobre:

a) **criação de cargos**, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

A tese defensiva de que a natureza jurídica dos decretos em análise é executiva ou regulamentar, na medida em que se prestavam a regulamentar o art. 19 da Lei Municipal 1.437/1997, não merece prosperar, senão vejamos:

Art. 19 – Fica o Prefeito Municipal autorizado a complementar a estrutura prevista na presente Lei **criando, através de decreto, outros órgãos** de nível hierárquico inferior ao de Secretaria.

Primeiramente, esta autorização legislativa é referente a órgão e não a cargo, conforme bem observado pela equipe técnica na ITC. Além disso, cumpre salientar que o artigo da lei em questão está também maculado de inconstitucionalidade, pois viola o disposto no art. 48, XI e no art. 61, § 1º, II, “e” da CRFB:

Art. 48 (...)

XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública;

Art. 61 (...)

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II - disponham sobre:

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

Por fim, é mister observar que nem mesmo por decreto autônomo (art. 84, VI, “a” e “b”) poderia o Chefe do Executivo municipal dispor sobre criação de órgãos e cargos públicos.

**Nesse sentido, acompanhando o posicionamento técnico e ministerial, entendo por negar a exequibilidade dos Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011, bem como, de ofício, a do art. 19 da Lei 1.437/1197. (...)**

E ainda:

(...) 4. Promover a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das Leis Municipais nº 1683/2005 e nº 1.877/2009 e os Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011, bem como, de ofício, a do art. 19 da Lei 1.437/1197, devendo esta declaração deva só ter eficácia a partir da publicação desta decisão.”(...)

Desta forma, acompanhando a área técnica, o Ministério Público de Contas e o Voto do Conselheiro Relator Domingos Taufner (ressaltando que o Voto Vista do Conselheiro Rodrigo Chamoun não apresenta divergência sobre o tema), entendo por **negar exequibilidade aos Decretos nºs 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011, bem como, de ofício, ao do art. 19 da Lei 1.437/1197**, pelas razões já expostas na ITC 474/2017, Parecer nº 627/2018 do Ministério Público e Voto do Conselheiro Relator, modulando-se os efeitos da decisão a fim de conferir-lhe eficácia a partir da publicação da decisão desta Corte.

Quanto ao Incidente de Inconstitucionalidade das Leis Municipais nºs 1.437/97, 1.637/2003, 1.693/2005 e 1.877/2009, (item 1.3.1 da ITC 474/2017) é preciso tecer algumas considerações.

De início é preciso ressaltar que discordo do posicionamento apresentado na ITC 474/2017, que entende por não negar exequibilidade às mencionadas leis tendo em vista que os cargos criados “podem ter atribuição de assessoramento. Na dúvida, não se deve considerar a norma constitucional, devendo ser dada preferência a sua manutenção no ordenamento jurídico.”

O Ministério Público de Contas apresenta consistentes argumentos no Parecer 627/2018, pela negativa de exequibilidade de referidas leis, com os quais corroboro, na

Íntegra, nos seguintes termos:

“(…) Contudo, percebe-se que as referidas leis criaram cargos em comissão – advogado, procurador adjunto, auxiliar de chefia e assistente técnico – sem que houvesse regulamentação das atribuições dos respectivos cargos, até mesmo para corroborar com a Carta Magna de que referiam-se a atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Observa-se que as leis Municipais padecem de inconstitucionalidade por terem omitido as atribuições dos cargos, conforme segue:

	Lei n. 1.437/97	Lei n. 1.637/03	Lei 1.693/05	Lei n. 1.877/09
Cargos criados	Advogado	Procurador Adjunto	Auxiliar de chefia	Assistente técnico
	Auxiliar de Chefia			

Cargo público “é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, **tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente**”<sup>4</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 26955/DF, Relatora Min. Cármen Lúcia, atento ao fato de que as atribuições de um cargo somente podem ser definidas ou alteradas por lei, reconheceu a ilegalidade de portaria expedida pela Procuradoria Geral da República, senão vejamos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. PORTARIA N. 286/2007. ALTERAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DE CARGO PÚBLICO POR MEIO DE PORTARIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Contraria direito líquido e certo do servidor público a alteração, por meio de portaria, das atribuições do cargo que ocupa.

**2. A inexistência de direito adquirido a regime jurídico não autoriza a reestruturação de cargos públicos por outra via que não lei formal.** (grifos acrescidos)

3. Segurança concedida.

Em seu voto, vaticina a preclara Ministra:

[...]

9. A disciplina administrativo-constitucional da relação entre o servidor e a Administração Pública não admite que ele venha a exercer funções

<sup>4</sup> CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Curso, cit., 2008, p.475. Citado por CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

distintas daquelas que caracterizam o cargo para o qual se submeteu a concurso público.

Nesse sentido, já escrevi:

**“Com o início do exercício nascem para o servidor todos os direitos que a lei lhe assegura nessa condição, inclusive o de desempenhar as funções inerentes ao cargo para o qual foi nomeado, cumprindo-se o quanto posto legalmente. Nomeado para determinado cargo e nele investido, há de exercer o servidor, a partir de então, as funções a ele inerentes e a nenhum outro.**

**E tanto assim é porque as funções são definidas para cada cargo público de tal maneira que elas correspondam ao conjunto e atribuições conferidas à responsabilidade do agente que titula.**

[...]

Não bastassem, na espécie vertente, a ausência da necessária identidade de atribuições, **a modificação atacada se deu pela edição de portaria, meio juridicamente impróprio para veicular norma definidora das atribuições inerentes ao cargo público**, alterando o que antes vigorava e determinando a sua incidência para os atuais ocupantes. (grifos acrescidos)

Lado outro, viola o princípio da legalidade, a criação de cargos comissionados sem que haja a fixação das respectivas atribuições. Nessa esteira, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL QUE CRIA CARGOS EM COMISSÃO. ATRIBUIÇÃO DE CHEFIA, DIREÇÃO OU ASSESSORAMENTO. MERA NOMENCLATURA DO CARGO SEM ESPECIFICAÇÃO DE SUAS ATRIBUIÇÕES. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGO 32, CAPUT DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA.** É inconstitucional a lei municipal que cria cargo em comissão de direção, chefia ou assessoramento sem especificar as atribuições do cargo, em verdadeira burla à exigência do concurso público e ao princípio da impessoalidade. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROCEDENTE.** (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70021418397, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 18/02/2008)

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALÍNEAS "C" E "D" DO ARTIGO 11 DA LEI Nº 5.231, DE 07 DE JUNHO DE 2006, DO MUNICÍPIO DE PELOTAS. CARGOS EM COMISSÃO. FALTA DE ESPECIFICAÇÃO DAS RESPECTIVAS ATRIBUIÇÕES. AFRONTA AOS ARTS. 19, "CAPUT", INC. I, E 32, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. CABÍVEL A CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO SOMENTE COM ATRIBUIÇÕES DEFINIDAS DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO.** PRELIMINAR REJEITADA.

AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70020587267, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Osvaldo Stefanello, Julgado em 12/05/2008)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARTE DO ARTIGO 20 DA LEI MUNICIPAL Nº 1.456, DE 24 DE JANEIRO DE 2006, DO MUNICÍPIO DE ENTRE-IJUÍ. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DA ATRIBUIÇÃO. VIOLAÇÃO AO TEXTO CONSTITUCIONAL. A parte do artigo 20 da Lei Municipal nº 1.456, de 24 de janeiro de 2006, do Município de Entre-Ijuís, que cria cargos de chefe, assessor e diretor sem definir as atribuições que incumbem ao servidor que vier assumir os cargos, tampouco referir qualificação técnica desejável, viola o artigo 32, caput, da Constituição Estadual e fere o princípio da legalidade. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70021371968, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 04/08/2008)

Com efeito, a Constituição Federal (art. 37, V) e a Constituição Estadual (art. 32, V) ao estabelecer que os cargos em comissão somente poderiam ser direcionados à direção, chefia e assessoramento, vinculou o legislador infraconstitucional, que não conta com a faculdade de criá-los com atribuições da sua conveniência, as quais, impreterivelmente, devem estar previstas e especificadas em lei formal, tarefa que jamais poderá ser delegada ao titular do poder regulamentar.

Ademais, a Lei Municipal 1.437/1997 que dispõe sobre a estrutura administrativa do município de Afonso Cláudio e dá outras providências, criou a Procuradoria Jurídica – composta pela Procuradoria Geral e pela Procuradoria e Assistência Judiciária, nos termos do art. 3º, e a Procuradoria Geral *tem como objetivo: I - defender em juízo ou fora dele, os direitos e interesses do Município; II - promover a cobrança judicial da Dívida Ativa do Município; III - redigir projetos de leis, justificativas de vetos, decretos, regulamentos, contratos e outros documentos de natureza jurídica; IV - assessorar o Prefeito nos atos executivos relativos a desapropriação, alienação e aquisição de imóveis pela Prefeitura e nos contratos em geral; V - participar de inquéritos administrativos e dar-lhes orientação jurídica conveniente; VI - manter atualizada a coletânea de leis municipais, bem como a legislação federal e estadual de interesse do Município; VII - proporcionar assessoramento jurídico aos órgãos da Prefeitura.*

Já a **Procuradoria e Assistência Judiciária** têm por objetivo: *I - prestar assistência jurídica à população carente do município; II - representar o município em juízo ou fora dele nas questões relacionadas as suas atribuições.*

A norma em questão criou os seguintes cargos de provimento em comissão na estrutura da Procuradoria Jurídica:



TCEES TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO		Cargos	Símbolo	Nº de Cargos	Vencimentos
ÓRGÃO	Provimento em comissão				
Procuradoria Jurídica	Procurador geral	CC-1	1	1.132,60	
	Procuradoria e Assistência Judiciária	CC-1	1	1.132,60	
	Advogados <sup>5</sup>	CC-2	3	791,81	

Ressalta-se que as atividades desenvolvidas pelo procurador e assistente jurídico são atribuições privativas de servidor efetivo ocupante de cargo de Procurador Municipal, nos termos dos arts. 131 e 132 da Constituição Federal, e art. 122 da Constituição Estadual, representando o seu cometimento a servidores comissionados burla ao princípio do concurso público, insculpido no art. 37, II, da Constituição Federal e art. 32, II, da Constituição Estadual.

Quanto às atribuições da atividade de procurador municipal, esse Colendo Tribunal de Contas decidiu no Acórdão TC-078/2012, prolatado nos autos do proc. TC n. 7242/2011 (PM Guarapari):

**REPRESENTAÇÃO - ATRIBUIÇÃO DA ATIVIDADE DE PROCURADOR MUNICIPAL A SERVIDORES COMISSIONADOS - DETERMINAR ANULAÇÃO DOS ATOS DE NOMEAÇÃO AOS CARGOS COMISSIONADOS NO PRAZO DE 30 DIAS.**

Frisa-se que esse Tribunal por meio do Acórdão 1090/2017 reiterou o entendimento de que há burla ao concurso público atribuir ao cargo em comissão atribuições típicas de servidores efetivos:

ACÓRDÃO TC-1090/2017 – SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO - TC-7254/2015

JURISDICIONADO - PREFEITURA MUNICIPAL DE  
JOÃO NEIVA

ASSUNTO - FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO

REPRESENTANTE - MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL DE CONTAS  
RESPONSÁVEL - ROMERO GOBBO FIGUEREDO

TERCEIRO INTERESSADO - MILENA SPINASSÉ SCARPATI

**EMENTA**

<sup>5</sup> Conforme já ressaltado alhures o cargo de advogado não teve suas atribuições regulamentadas por lei ou qualquer outro ato infralegal.

**REPRESENTAÇÃO EM FACE DE SUPOSTAS IRREGULARIDADES NO MUNICÍPIO DE JOÃO NEIVA – 1) MANTER IRREGULARIDADE – 2) PROCEDÊNCIA – 3) DAR CIÊNCIA – 4) ARQUIVAR.**

[...]

**2. DA BURLA AO CONCURSO PÚBLICO**

Alega a área técnica que a suposta irregularidade retrata dois fatos distintos, vale dizer, a nomeação para o cargo de Procurador Adjunto, cujas atribuições seriam típicas de cargos de provimento efetivo; e a contratação temporária de advogado para a realização de serviços rotineiros da Administração. Quanto à primeira situação, constatou a ITC 5797/2015 que:

**[...] o preenchimento do cargo, ante as circunstâncias encontradas na Procuradoria Municipal de João Neiva, indica que as atribuições de servidores efetivos eram exercidas exclusivamente por pessoas providas em cargo em comissão.**

Isto porque, segundo pesquisa realizada pela autoridade representante (fls. 158/160) e não contestada pelo justificante, demonstra que a Procuradoria Municipal tinha em seus quadros apenas o Procurador Geral e o Procurador Adjunto, sem a presença de qualquer servidor efetivo. Logo, isso reforça o entendimento de que tais agentes exerciam as atribuições afetas à Procuradoria Municipal, transcritas no art. 19 da Lei Municipal 1.138/01, típicas e corriqueiras em setor jurídico de qualquer município, tendo como atribuições, dentre outras: defesa em juízo do município, execução de dívida ativa e elaboração de pareceres.

[...]

Logo, em face da situação fática encontrada naquele município no exercício de 2015, é certo que atividades de caráter técnico, permanente e continuado são exercidas por servidores comissionados, sem nenhuma participação de servidores efetivos nomeados após regular concurso público, burlando os termos do art. 37, V da CRFB/88.

[...]

[...]

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-7254/2015, **ACORDAM** os Srs. conselheiros da Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e três de agosto de dois mil e dezessete, à unanimidade, nos termos do voto do relator, conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges:

**1. Manter a seguinte irregularidade, referente ao item:**

**Burla ao concurso público. Base Legal: artigo 37, II e IX, da CFRB.**

2. Considerar **procedente** a representação apresentada pelo Ministério Público de Contas, na forma do artigo 95, inciso II, e 99, § 2º, ambos da Lei Complementar Estadual nº 621/2012; 3. **Dar ciência** ao representante do teor da decisão final a ser proferida; 4. Após certificado o trânsito em julgado, arquivar os presentes autos, com fulcro no art. 207, III, do Regimento Interno desta Corte.

No mesmo sentido, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no bojo da Arg. Inconstitucionalidade Nº 1.0112.12.001428-0/002, firmou o entendimento de que a Procuradoria Jurídica Municipal, cujas atribuições referem-se a serviços típicos de Advocacia Pública, deve ser composta por membros concursados, organizados em carreira e em número suficiente ao desempenho da função, cuja ementa, transcreve-se:

**INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGOS 3º, INCISO I, ALÍNEA “E”, E 10, INCISOS II E V, DA LEI COMPLEMENTAR 29/1997 – ARTIGOS 1º. E 3º, INCISOS II E V, DA LEI COMPLEMENTAR 97/2001 – MUNICÍPIO DE CAMPO BELO – PROCURADOR JURÍDICO – CARGO EM COMISSÃO – AUSÊNCIA DE ATRIBUIÇÕES DE CHEFIA, DIREÇÃO OU ASSESSORAMENTO – ASSESSOR JURÍDICO – ATRIBUIÇÕES TÍPICAS DE PROCURADOR JURÍDICO – SEGUNDO CARGO DE ASSESSOR JURÍDICO – VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DA EFICIÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL – INCIDENTE ACOLHIDO.**

*- O artigo 3º, inciso I, alínea “e”, da lei complementar 29/1997, do Município de Campo Belo, ao considerar como de livre nomeação e exoneração o cargo de Procurador Jurídico, o qual não envolve atribuições de chefia, direção ou assessoramento, viola o disposto no artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal.*

*- O artigo 10, incisos II e V, da lei complementar 29/1997, e o artigo 3º, incisos II e V, trazem atribuições do cargo de Assessor Jurídico que, além de não serem relativas ao assessoramento direto ao Chefe do Executivo, são previstas como de competência do Procurador Jurídico Municipal.*

*- O artigo 1º. da lei complementar 97/2011, na parte em que criou um segundo cargo de Assessor Jurídico do Município, constitui violação dos princípios da moralidade, da razoabilidade e da eficiência.*

No voto condutor, o Des. Moreira Diniz (relator) vaticina:

“A Constituição Federal, no artigo 37, inciso II, é clara ao exigir a aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou

emprego público, ressalvando apenas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Por sua vez, o inciso V do mencionado dispositivo determina que as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Assim, por exigência constitucional, a exceção à regra do concurso público é restrita às nomeações para cargos em comissão, cujas atividades envolvam direção, chefia e/ou assessoramento, com estreita relação de fidúcia entre nomeante e nomeado.

Ressalte-se que essa relação de confiança entre nomeante e nomeado resulta do grau de comprometimento exigido para o desempenho de funções em nível decisório da hierarquia administrativa.

[...]

**Percebe-se que as atribuições inerentes à Procuradoria Jurídica relacionam-se a serviços típicos de Advocacia Pública, os quais são inegavelmente de caráter técnico, permanente e continuado, na medida em que visam à defesa de interesses relevantes da Administração Pública e à proteção de seu patrimônio em demandas judiciais e outros bens indisponíveis.**

**Ademais, a natureza do cargo de Procurador Jurídico não demanda relação de confiança, as atividades descritas na norma impugnada não representam o poder de comando inerente aos cargos de direção, e as funções também não figuram como uma assessoria técnica necessária ao auxílio do Chefe do Executivo.**

**Não há dúvida, portanto, de que as atividades desempenhadas pelo Procurador Jurídico não envolvem chefia, assessoramento ou direção, razão pela qual o artigo 3º. da lei complementar 29/1997, ao considerar o cargo como de livre nomeação e exoneração, constitui afronta ao disposto no artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal.**

Na verdade, à Procuradoria Jurídica do Município são conferidas atribuições semelhantes àquelas da Procuradoria do Estado e da União, cujas atividades encontram-se previstas no artigo 131 e 132 da Constituição Federal, e cujos respectivos servidores são devidamente organizados em carreira.

Nesse ponto, vale ressaltar que, ainda que o texto constitucional não tenha tratado especificamente das atribuições da Procuradoria Jurídica do Município, o fato é que não se pode admitir a nomeação direta,

dispensando-se o concurso público, de Procurador Jurídico do Município, tal como prevê o artigo 3º. da lei complementar 29/1997, **pois o cargo não abrange qualquer atribuição de direção, chefia ou assessoramento, repito.**

Em razão disso, conclui-se que a Procuradoria Jurídica, cujas atribuições referem-se a serviços típicos de Advocacia Pública, deve ser integrada por servidores concursados, organizados em carreira e em número suficiente ao desempenho da função, até mesmo para que possa ser prestado, com uniformidade, continuidade e impessoalidade um serviço público imprescindível para o regular funcionamento do ente municipal.

**Revela-se nítida, portanto, a incompatibilidade do cargo de Procurador Jurídico do Município com o provimento em comissão, na medida em que as atribuições do referido cargo podem ser normalmente exercidas independentemente de vínculo de confiança com o Chefe do Executivo.”**

Desse modo, mister seja negada exequibilidade às Leis n.s 1.637/03, 1.683/05 e 1.877/09, por ofensa aos art. 37, *caput*, e incisos II e V, da Constituição Federal e art. 32, *caput*, inciso II e V, da Constituição Estadual, ante a ausência de fixação de atribuições para o cargo.

Há também de ser negada exequibilidade ao art. 3º da Lei Municipal n. 1.437/97 (Anexo I – Cargo Procurador e assistente jurídico), por ofensa aos arts. 37, *caput*, e incisos II e V, 131 e 132 e da Constituição Federal e art. 32, *caput*, inciso II e V, e 122 da Constituição Estadual. (...)”

Ressalto que o Conselheiro Relator entendeu, em relação à Lei Municipal 1.637/2003, que institui o cargo de Procurador Adjunto, inexistir vício de constitucionalidade, tendo em vista que “de certa forma, o citado cargo enquadra-se ao conceito de chefia e/ou direção, assim como o cargo de procurador geral.”

Cumprе ressaltar, entretanto, que inexistem atribuições referentes ao cargo de Procurador Adjunto previstas em lei. Tem-se apenas às fls. 1464/1465 referência à Tabela Informativa de Cargos Comissionados, elaborada pelo Poder Executivo, o que de plano, já se apresenta em dissonância com o ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que as atribuições de um cargo somente podem ser definidas ou alteradas por lei, conforme muito bem fundamentou o Ministério Público em seu Parecer.

Neste sentido, divergindo da área técnica, corroborando o posicionamento do Ministério Público de Contas, e **divergindo em parte do Voto do Conselheiro Relator Domingos Taufner e do Voto Vista do Conselheiro Rodrigo Chamoun**, entendo por

**negar exequibilidade às Leis Municipais 1.637/03, 1.693/2005 e 1.877/09**, pelas razões expostas, modulando-se os efeitos da decisão, a fim de conferir-lhe eficácia a partir da publicação da decisão desta Corte.

No que concerne à **Lei Municipal 1.437/97**, é preciso tecer considerações, tendo em vista os argumentos apresentados no Voto Vista pelo Conselheiro Rodrigo Chamoun.

A Lei Municipal 1.437/1997, que dispõe sobre a estrutura administrativa do município de Afonso Cláudio e dá outras providências, criou a Procuradoria Jurídica – composta pela Procuradoria Geral e pela Procuradoria e Assistência Judiciária (fls. 254, 257 e 258)..

Nos termos do art. 3º, a **Procuradoria Geral** tem por objetivo: I - defender em juízo ou fora dele, os direitos e interesses do Município; II - promover a cobrança judicial da Dívida Ativa do Município; III - redigir projetos de leis, justificativas de vetos, decretos, regulamentos, contratos e outros documentos de natureza jurídica; IV - assessorar o Prefeito nos atos executivos relativos a desapropriação, alienação e aquisição de imóveis pela Prefeitura e nos contratos em geral; V - participar de inquéritos administrativos e dar-lhes orientação jurídica conveniente; VI - manter atualizada a coletânea de leis municipais, bem como a legislação federal e estadual de interesse do Município; VII - proporcionar assessoramento jurídico aos órgãos da Prefeitura.

Já a **Procuradoria e Assistência Judiciária** tem por objetivo: I - prestar assistência jurídica à população carente do município; II - representar o município em juízo ou fora dele nas questões relacionadas as suas atribuições.

Quanto aos cargos de Advogados e Auxiliar de Chefia, inexistem atribuições previstas na lei. Tem-se apenas às fls. 1463/1464 referência à Tabela Informativa de Cargos Commissionados, elaborada pelo Poder Executivo, o que de plano, já se apresenta em dissonância com o ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que as atribuições de um cargo somente podem ser definidas ou alteradas por lei, conforme muito bem fundamentou o Ministério Público em seu Parecer.

Quanto aos cargos de Procuradoria e Assistência Judiciária (*sic*), ressalto, apesar da existência dos objetivos previstos no art. 3º, que as atribuições específicas dos cargos também não ser encontram previstas em lei, o que de plano já se apresenta irregular.

Entretanto, com base nos objetivos previstos no art. 3º da referida lei, travou-se o

debate nos presentes autos. Dada a relevância da matéria, concernente ao regramento referente à criação de cargos comissionados no âmbito das Procuradorias Municipais, passo à análise do tema.

De início, o Voto Vista apresenta posicionamento do Supremo Tribunal Federal exarado no RE 1.156.016, Decisão Monocrática de 25/09/2018, no sentido da inexistência de obrigatoriedade de os Municípios instituírem órgãos próprios de representação judicial – Procuradorias do Município, por ausência de previsão na Constituição Federal.

Ressalta também o posicionamento do Ministro Ricardo Lewandowski no RE 690.765, pela possibilidade de terceirização dos serviços advocatícios, ante a ausência de previsão, na Constituição Federal, da procuradoria em nível municipal.

De fato, conforme entendimento assentado pelo STF, inexistente obrigatoriedade da criação de estrutura organizacional da advocacia pública no âmbito municipal, nos moldes instituídos para a Advocacia Geral da União e Procuradoria Geral dos Estados. Trata-se de matéria afeta à autonomia municipal.

Ocorre que, o Município de Afonso Cláudio, no uso de seu poder de auto-organização, efetivamente instituiu a Procuradoria Jurídica Municipal, com as atribuições previstas no art. 3º da Lei nº 1.437/97.

O Voto Vista ressalta: “(...) concernente à regra imposta nos aludidos artigos 131 e 132 da CRFB, cabe somente à União, aos Estados e ao Distrito Federal a representação judicial por órgãos formados por profissionais de carreira, através da Advocacia-Geral e Procuradoria-Geral, bem como demais Procuradorias do Estado, nesse contexto, impõe-se observar a ausência de referência aos entes da Administração indireta e aos Municípios.(...)” Neste sentido, afirma não ser obrigatória a manutenção de um quadro próprio de procuradores.

Entretanto, entendo que, uma vez instituída a Procuradoria Municipal, com o objetivo de exercer a representação judicial e a consultoria jurídica, é preciso sim, que os cargos de Procuradores sejam organizados em carreira, na qual o ingresso depende de concurso de provas e títulos.

O cargo de Procurador Municipal é de natureza técnica. Dada a necessidade de independência funcional ao desempenho da função, não se enquadra na natureza



jurídica do cargo em comissão.

Desta forma, entendo, em sendo feita a opção pela instuição da Procuradoria Municipal, dever a estrutura ser constituída por servidores de carreira, ao contrário do posicionamento exarado no Voto Vista.

Quanto ao mais, muito bem selientou o Conselheiro em seu Voto Vista, é importnte que o Município *“estruure, mínima e suficientemente, um quadro de servidores públicos, remunerado adequadamente à realidade local, com apenas o quantitativo de cargos efetivos necessários para o desempenho das atividades, adotando-se como premissa de uma gestão fiscal responsável e absoluta prudência na geração de despesas com pessoal, consideradas de natureza permanente e perenes, entendidas como o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.”*

Importante ainda ressaltar, conforme bem colocado pelo Ministério Público de Contas no Parecer 215/2020, exarado após o Voto Vista apresentado, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal proferido nos autos do Recurso Extraordinário 663.696/MG, com repercussão geral reconhecida:

“(…) No que se refere ao entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria em debate, importa destacar que a Suprema Corte, em decisão inédita proferida nos autos do Recurso Extraordinário 663.696/MG, **com repercussão geral reconhecida (efeitos vinculantes)**, atribuiu aos procuradores municipais, na condição de integrantes da categoria da Advocacia Pública (art. 132 da CF/88), o desempenho das funções essenciais à Justiça, in verbis:

[...]

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. CONTROVÉRSIA DE 6/9 Assinado digitalmente. Conferência em [www.tce.es.gov.br](http://www.tce.es.gov.br) Identificador: E60A7-4AD86-284F1 ÍNDOLE CONSTITUCIONAL ACERCA DO TETO APLICÁVEL AOS

PROCURADORES DO MUNICÍPIO. SUBSÍDIO DO DESEMBARGADOR DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, E NÃO DO PREFEITO. FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. **Os procuradores municipais integram a categoria da Advocacia Pública inserida pela Constituição da República dentre as cognominadas funções essenciais à Justiça, na medida em que também atuam para a preservação dos direitos fundamentais e do Estado de Direito.**

[...]

**TESE DA REPERCUSSÃO GERAL:** A expressão ‘Procuradores’, contida na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição da República, compreende os Procuradores Municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça, estando, portanto, submetidos ao teto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. – Grifei e negritei.

Não bastasse a leitura da ementa para a correta compreensão do alcance deste julgado da Suprema Corte, vale destacar, ainda, o seguinte excerto do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux quanto ao tratamento constitucional conferido à Advocacia Pública, assim manifestou:

[...]

De fato, nos Municípios em que existem Procuradorias organizadas, os advogados públicos municipais desempenham idênticas atribuições às de seus congêneres no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Com efeito, os procuradores municipais possuem o munus público de prestar consultoria jurídica e de representar, judicial e extrajudicialmente, o Município a que estão vinculados. Nesse diapasão, analisam a legalidade e legitimidade dos atos municipais, são consultados a respeito de políticas públicas de inegável relevância social, como saúde, educação e transporte, protegendo o melhor interesse do órgão administrativo e de seus cidadãos, além de atuarem perante os mesmos órgãos que a AGU e as Procuradorias Estaduais, tanto na seara administrativa quanto judicial.

**Em vista disso, sendo tais atividades identificadas pela Constituição como funções essenciais à Justiça, é imperativo que todas as**

**disposições pertinentes à Advocacia Pública sejam aplicadas às Procuradorias Municipais, sob pena de se incorrer em grave violação à organicidade da Carta Maior.**

[...]

**Tais premissas devem aplicar-se integralmente às Procuradorias Municipais. A natureza da função, seu papel institucional, a lógica de atuação, os interesses protegidos e até o recrutamento dos componentes é feito a partir dos mesmos requisitos.** A inexistência de um Poder Judiciário municipal não afasta essa conclusão.

Por tudo isso, não há fundamento para o referido discrimen entre os procuradores, a fim de fazer com que, apenas, a advocacia pública municipal tenha como subteto o subsídio do Prefeito, com as inerentes e inafastáveis circunstâncias políticas negativas, e não o de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. – Grifei e negritei.

Em outra passagem, coube ao Ministro Luiz Fux destacar que o desempenho das funções essenciais à Justiça se restringe apenas aos procuradores municipais que sejam admitidos por meio de concurso público, in verbis:

[...]

A propósito, oportuna a conclusão, em sede doutrinária, do i. Min. Carlos Mário da Silva Velloso (Constitucional. Procurador municipal. Funções essenciais à Justiça. Teto de remuneração dos procuradores municipais: art. 37, inciso XI, da Constituição: exegese. RDA– Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 255, p. 245-272, set./dez. 2010), ao afirmar que:

“o teto de remuneração dos procuradores municipais, **desde que admitidos por concurso público de provas e títulos e sejam servidores efetivos e estáveis**, corresponde ao subsídio dos desembargadores, tal como ocorre com os seus congêneres dos estados e do Distrito Federal (C.F., art. 37, inciso XI, parte final)”.

**Pois, afinal, necessário que os cargos de procuradores sejam**

**estruturados em carreira e com o mesmo regime jurídico.**

**Assim, ressoa inconstitucional qualquer interpretação que, desconsiderando o texto constitucional, exclua da categoria “Procuradores” os defensores dos Municípios,** mesmo porque aplica-se, à espécie, o brocardo latino *ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere debet* (onde a lei não distingue, não é dado ao intérprete fazê-lo). – Grifei e negritei.

Por sua vez, interessante notar que o voto proferido pela Ministra Carmen Lúcia, nos autos do RE 663.696/MG, faz expressa referência a interpretação do art. 132 para deslinde da controvérsia, **deixando claro a necessidade que o cargo de procurador municipal seja ocupado por procuradores integrantes de uma carreira,** in verbis:

[...]

Entretanto, pedirei vênias à divergência para acompanhar o Relator. Na minha compreensão, o que vai determinar a interpretação do art. 37, XI, da Constituição, é a circunstância de que a referência a procuradores, que poderia - conforme bem leu a Ministra Rosa Weber - ser da União, dos Estados e dos Municípios - e, nos Municípios, ser feita a referência apenas ao prefeito -, entendo que para chegar a essa mesma conclusão, teríamos que desconhecer o que se contém no art. 132, ao fazer uma referência a procuradores - lá, expressamente a procuradores de Estado mais advocacia pública.

É claro que eu perguntei ao Ministro Fux sobre a questão de honorários, e também me preocupa a questão das carreiras, porque só concebo o regime, nas mesmas condições, quando tiver uma carreira. Não é contratar um amigo, ou irmão, dizer que é um cargo de procurador e aplicar como se fosse um regime jurídico para uma carreira, que é disso que cuida a Constituição.

[...]

Por essa razão e tomando por base o que foi expandido pelo Ministro-Relator, eu o acompanho **- apenas cuido de especificar que quando se menciona procuradoria, refere-se a procuradores integrantes de uma carreira e não a uma outra pessoa que possa ser designada, nomeada, comissionada,**

**sem parâmetro algum - tanto na tese, quanto no caso subjetivamente posto à apreciação.** – Grifei e negritei. (...)"

Neste sentido, divergindo da área técnica, corroborando o posicionamento do Ministério Público de Contas, e do Conselheiro Relator Domingos Taufner, entendo por **negar exequibilidade à Lei Municipal 1.437/97** pelas razões expostas, modulando-se os efeitos da decisão, a fim de conferir-lhe eficácia a partir da realização de concurso público e da nomeação dos aprovados para os respectivos cargos.

Assim, ante todo o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, tendo em conta a fundamentação até aqui expendida, divergindo em parte do entendimento da área técnica, do voto apresentado pelo Conselheiro Relator e do Voto Vista, acompanhando o entendimento do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Deliberação que submeto à sua consideração.

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

1. **Negar a exequibilidade** aos Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011, bem como, de ofício, a do art. 19 da Lei 1.437/1197, por ofensa aos arts. 37, caput, V, 48, X e 61, II, "a", da CF/88, promovendo-se o incidente de inconstitucionalidade conforme os artigos 1º, XXXV, 176 e seguintes, da Lei Complementar 621/2012, com fulcro na Súmula n. 347 do STF.
2. **Negar a exequibilidade** das Leis Municipais nº 1.437/97, nº 1.637/2003, nº 1.693/2005 e nº 1.877/2009, por ofensa aos arts. 37, caput, V, 48, X e 61, II, "a", da CF/88, promovendo-se o incidente de inconstitucionalidade, conforme nos artigos 1º, XXXV, 176 e seguintes, da Lei Complementar 621/2012, com fulcro na Súmula n. 347 do STF
3. Promover a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em relação às Leis Municipais nº 1.437/97, na forma do parágrafo único do artigo 335 da Resolução 261/2013 deste TCE, devendo esta declaração só ter eficácia

a partir da realização de concurso público e da nomeação dos aprovados para tais cargos;

4. Promover a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das Leis Municipais nº 1.637/2003, nº 1.693/2005 e nº 1.877/2009 e dos Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011, bem como, de ofício, a do art. 19 da Lei 1.437/1197, devendo esta declaração deva só ter eficácia a partir da publicação desta decisão;
5. Encaminhar os autos à Segunda Câmara para julgamento do mérito.

**SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO**

Conselheiro

**VOTO COMPLEMENTAR DO RELATOR**

**O EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:**

**3. RELATÓRIO**

Tratam os presentes autos de auditoria ordinária realizada na Prefeitura Municipal de Afonso Cláudio em cumprimento ao Plano e Programa de Auditoria Ordinária nº 164/2014 (fls. 01/03), referente ao exercício de 2013, cuja gestão foi de responsabilidade do Sr. Wilson Berger Costa.

Dos trabalhos resultou o Relatório de Auditoria RA-O 81/2014 (fls.04/62), em que foram identificados indícios de irregularidades, posteriormente reproduzidos na Instrução Técnica Inicial ITI 104/2015 (fls. 645/708).

Nesse sentido, o Conselheiro Relator, divergindo parcialmente da área técnica, determinou a citação dos responsáveis, senhores(as) Wilson Berger Costa – Prefeito Municipal, Anderson Kuster – Contador, Lenemarques Coelho Lemos – Secretário Municipal de Finanças, Rosinéia das Graças Pereira Saiter – Procuradora Municipal, Lucibéria Pagotto Zorzal – Procuradora Geral Valdivino Peterle Paganotto – Secretário Municipal de Meio Ambiente, Jonas Caliman Bragatto – Secretário de Obras e para apresentação de justificativas e documentos no prazo de 30 dias improrrogáveis. Além

disso, deixou de citar os Srs. Marcos Frizzera Dias, Rachel Turial Lamas e Elilda Maria Bissoli, presidentes das CPL's nos exercícios de 2012 a 2104, por entender não haver responsabilidade a ser imputada a eles, nos termos do Voto de fls. 797/803.

Devidamente citados, o Sr. Wilson Berger Costa, o Sr. Anderson Kuster, Lenemarques Coelho Lemos, o Sr. Valdivino Peterle Paganotto e o Sr. Jonas Caliman Bragatto apresentaram a defesa conjunta acostada às fls.830 a 884, e a Sra Rosinéia das Graças Pereira Saiter e Sra. Lucibéria Pagotto Zorzal, as justificativas de fls. 1246 a 1285.

Em seguida, o Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC elaborou Instrução Técnica Conclusiva – ITC 474/2017 (fls. 1451/1550), recomendando, inicialmente, o não acolhimento da preliminar arguida de ilegitimidade passiva do Parecerista Jurídico e negar a exequibilidade aso Decretos Municipais nº 157, de 13 de maio de 1997, nº 169, de 19 de maio de 1997, nº 116, de 24 de novembro de 1998, nº 124, de 31 de agosto de 2001, e nº 590, de 31 de dezembro de 2002,, bem como das Leis nº 1.437, de 31 de março de 1997, nº 1637, de 12 de maio de 2003, nº 1693, de 10 de maio de 2005 e 1.877, de 14 de dezembro de 2009, e Decreto nº 99/11, promovendo-se o incidente de inconstitucionalidade.

No mérito, recomendou pela manutenção das seguintes irregularidades e pela consequente aplicação de multa:

- **3.1.1. BURLA AO CONCURSO PÚBLICO EM RAZÃO DATERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS TÍPICOS DE SERVIDORES EFETIVOS.** Responsáveis: Wilson Berger Costa-Prefeito Municipal Lucibéria Pagotto Zorzal – Procuradora Municipal (item 2.1 da ITC 474/2017)
- **3.1.2. AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO DETALHADO EM PLANILHAS QUE EXPRESSEM A COMPOSIÇÃO DOSCUSTOS UNITÁRIOS.** Responsáveis: Wilson Berger Costa –Prefeito Municipal Lenemarques Coelho Lemos – Secretário de Finanças Lucibéria Pagotto Zorzal – Procuradora Municipal (item 2.3 da ITC 474/2017)
- **3.1.3. CLÁUSULA RESTRITIVA À COMPETITIVIDADE.** Responsáveis: Wilson Berger Costa–Prefeito Municipal Rosinéia das Graças Pereira Saiter - Procuradora Municipal (item 2.5 desta ITC)



- **3.1.4. CONTABILIZAÇÃO INDEVIDA DE DESPESAS COM TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA RELATIVA À SUBSTITUIÇÃO DE SERVIDORES EFETIVOS.** Responsáveis: Lenemarques Coelho Lemos – Secretário Municipal de Finanças Anderson Kuster–Contador (item 2.6 da ITC 474/2017)
- **3.1.5. PROVER CARGOS EM COMISSÃO PARA DESEMPENHAR FUNÇÕES DE CARATÉR TÉCNICO, NÃO CARACTERIZADAS COMO ATIVIDADES DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO.** Responsável: Wilson Berger Costa - Prefeito Municipal (item 2.7 da ITC 474/2017)
- **3.1.6. NOMEAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS EM CARGOS COMISSIONADOS CRIADOS ATRAVÉS DE DECRETOS.** Responsável: Wilson Berger Costa-Prefeito Municipal (item 2.10 da ITC 474/2017)

Instado a se manifestar, o Ministério Público de Contas emitiu Parecer nº 627/2018 (fls. 1554-1575), de lavra do Exmo. Procurador Dr. Luciano Vieira, anuindo com as conclusões da ITC 474/2017, pugnano por negar exequibilidade aos dispositivos objetos de controle difuso, pelo não acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva, pela aplicação de multa pecuniária e para que sejam expedidas as seguintes determinações ao atual gestor:

- c) que no prazo de 30 (trinta) dias adote as medidas necessárias às correções das situações de ilegalidade e inconstitucionalidade verificadas nestes autos;
- d) que elimine, no prazo de 30 (trinta) dias, os provimentos sem embasamento legal e constitucional, cujos atos não possam ser convalidados por alteração legislativa sem violação ao texto constitucional.

É o relatório.

## **4. FUNDAMENTAÇÃO**

### **4.1 INCIDENTES DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Inicialmente registro que embora o julgamento de Auditorias Ordinárias desse jurisdicionado (Prefeitura de Afonso Cláudio) seja de competência de uma das Câmaras desta Corte, em razão da área técnica ter suscitado incidente de inconstitucionalidade dos Decretos Municipais nº 157, de 13 de maio de 1997, nº 169, de 19 de maio de 1997, nº 116, de 24 de novembro de 1998, nº 124, de 31 de agosto

de 2001, e nº 590, de 31 de dezembro de 2002, bem como das Leis nº 1.437, de 31 de março de 1997, nº 1637, de 12 de maio de 2003, nº 1693, de 10 de maio de 2005 e 1.877, de 14 de dezembro de 2009, e Decreto nº 99/11, trago a matéria para apreciação do Plenário, conforme preceitua o art. 337 do Regimento Interno desta Corte.

A então 3ª Secretaria de Controle Externo por meio da ITI nº 104/2015 sustenta a possibilidade de negar exequibilidade aos Decretos Municipais nº 157, de 13 de maio de 1997, nº 169, de 19 de maio de 1997, nº 116, de 24 de novembro de 1998, nº 124, de 31 de agosto de 2001, e nº 590, de 31 de dezembro de 2002, em virtude de manifesta inconstitucionalidade por desatendimento ao disposto nos artigo 37, *caput*, e inciso V, artigo 48, inciso X e artigo 61, inciso II, "a" todos da CRFB, c/c artigos 32, *caput*, da Constituição deste Estado, bem como das Leis nº 1.437, de 31 de março de 1997, nº 1637, de 12 de maio de 2003, nº 1693, de 10 de maio de 2005 e 1.877, de 14 de dezembro de 2009, e Decreto nº 99/11 em virtude de manifesta inconstitucionalidade por desatendimento ao disposto nos artigo 37, *caput*, e inciso V, e artigo 61, inciso II, "a" todos da CRFB, c/c artigos 32, *caput*, da Constituição deste Estado.

Devidamente citado, o responsável, Sr. Wilson Berger Costa, apresentou suas justificativas, (doc. 21).

A equipe técnica e o Ministério Público de Contas opinaram por reconhecer a inconstitucionalidade e por consequência, negar exequibilidade aos Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2011, 590/202 e 99/2011, contudo, a equipe técnica opina por não negar exequibilidade às Leis Municipais 1.437/1997, 1.637/2003, 1.693/2005 e 1.877/2009, o que foi divergido pelo *Parquet* de Contas.

Pois bem.

Precipuamente, cumpre registrar que os Tribunais de Contas como órgãos de controle podem, no caso concreto e de controle difuso, apreciar a constitucionalidade de uma lei e por consequência deixar de aplicada nos autos.

O Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 347, confere as Cortes de Contas, no exercício de suas atribuições, a capacidade de apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, *in verbis*:

**Súmula 347**

**O Tribunal de Contas**, no exercício de suas atribuições, **pode apreciar a constitucionalidade** das leis e dos atos do Poder Público<sup>6</sup>. (grifo nosso)

O Tribunal de Contas da União também firmou jurisprudência acerca do tema vejamos:

**O TCU pode apreciar a constitucionalidade de leis e atos do poder público** e, em decorrência disso, **pode se pronunciar quanto à legalidade de atos administrativos, desde que o ato ou a lei em questão estejam relacionados às atribuições da Corte de Contas**<sup>7</sup>. (g.n.)

A Lei Orgânica desta Corte de Contas em seu artigo 176, também prevê a possibilidade de apreciação de inconstitucionalidade de leis e de atos do poder público<sup>8</sup>.

Assim, conforme dito, o controle de constitucionalidade por exercido pelas Cortes de Contas somente pode ocorrer no caso concreto e desde que a lei ou ato normativo tenham ligação com as atribuições dos Tribunais de Contas.

Nesse contexto, passo à análise da (in)constitucionalidade dos decretos e leis em questão.

### **2.2.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS N.S 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 E 99/2011, BEM COMO DO ART. 19 DA LEI 1.437/1197**

**PARÂMETRO DE CONTROLE: art. 48, X e XI; art. 61, §1º, II, “a” e “e”; art. 84, VI, “a” e “b”, todos da Constituição Federal.**

<sup>6</sup> Súmula 347 Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2149> – Acesso em: 19 de abril de 2017

<sup>7</sup> Tribunal de Contas da União – Representação 004.138/2008-7 – Relator Aroldo Cedraz - Acórdão 1181/2010 — Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/12/constitucionalidade/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/true/6> - Acesso em: 19 de abril de 2017

<sup>8</sup> Lei Complementar nº. 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES) - 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.

Foi noticiado na ITI 104/2015 que a Administração Municipal criou, em afronta à Constituição, diversos cargos comissionados mediante decreto, conforme *infra*:

- Decreto Municipal nº 157 de 13 de Maio de 1997: Chefe de Unidade Sanitária e Chefe da Agência Municipal de Agendamento –AMA;
- Decreto Municipal nº 169 de 19 de Maio de 1997: Assessor de Imprensa, Chefe da Seção de Eletrificação Rural e Chefe da Seção de Cadastro Imobiliário;
- Decreto Municipal nº 116 de 24 de Novembro de 1998: Chefe da Seção de Auditoria Controle e Avaliação;
- Decreto Municipal nº 124 de 31 de Agosto de 2001: Chefe do Departamento de Assistência Médica Odontológico; Chefe do Departamento de Saneamento e Educação Sanitária e Chefe do Departamento de Unidades de Saúde;
- Decreto Municipal nº 590 de 31 de Dezembro de 2002: Diretor Técnico; e
- Decreto Municipal nº 99 de 2011.

Em justificativas apresentadas, os agentes alegaram que:

“O item mencionado tem o objetivo de ver declarada, em tese, a inconstitucionalidade dos Decretos Municipais nºs 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002, alegando primeiramente que a criação dos cargos por estes decretos afrontam a Constituição Federal. Ao contrário do que sustenta a ITI, tais Decretos possuem natureza jurídica executiva ou regulamentar. Isto é, nas lições de Vanessa Vieira de Melão, Decreto é um "ato normativo que constitui fonte de direito produzida pelo Poder Executivo, no exercício de função administrativa, respaldado e subordinado à lei com o escopo de melhor executá-la. "Sim, é executivo ou regulamentar, porquanto veio ao mundo jurídico para regulamentar o art . 19 da Lei Municipal nº 1437/97, cujas normas tratam da estrutura administrativa do Município. Transcreve-se: Art. 19 -Fica o Prefeito Municipal autorizada a complementar a estrutura prevista na presente Lei criando, através de decreto, outros órgãos de nível hierárquico inferior ao de Secretaria. Os Decretos Municipais impugnados, regulamentando tal lei, apenas possuem, consoante lições de doutrina autorizada, "estrita finalidade de produziras disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução da lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública." Nada além, nem fará disso, por que não é de ser caracterizado como "Decreto Autônomo", como demonstra a ITI. Sendo Decreto Regulamentar de Lei Municipal que trata da Estrutura Administrativa do Município de Afonso Cláudio, carece, assim, de coeficiente de abstração (trinômio generalidade-abstração impessoalidade)

mínimo a ensejar o controle de constitucionalidade em tese. Por outro lado, os atos normativos não-primários (ou normas infra-legais), não podem ser objeto de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Estão inseridos nesta categoria todos os demais atos que derivam do poder regulamentar insito ao Chefe do Poder Executivo e utilizado para suprir lacunas da lei na sua aplicação no caso concreto. Assim, temos como exemplos os decretos regulamentares. O objeto da ação direta de inconstitucionalidade é definido no texto constitucional e tem sido interpretado estritamente. Assim, não compreende os regulamentos administrativos, entendendo o STF que a impugnação desses atos implica uma questão de legalidade (ou seja, desobediência à lei regulamentada), que refoge, por sua natureza, ao controle de constitucionalidade. No que se refere ao controle judicial, é preciso distinguir a natureza do conteúdo estampado no ato regulamentar. Tratando-se de ato regulamentar contra *lerem*, ou seja, aquele que extrapole os limites da lei, viável apenas o controle de legalidade resultante do confronto do ato com a lei, ainda que tenha caráter normativo. O Pretório Excelso já teve a oportunidade de decidir que se a interpretação administrativa da lei que viera consubstanciar-se em decreto executivo divergir do sentido e do conteúdo da norma legal, que o ato secundário pretendeu regulamentar quer porque tenha este se projetado *contra* *lerem*, quer porque tenha permanecido *mitra* *lerem*, quer, ainda, porque tenha investido *contra* *regem*, a questão caracterizará, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade. Desse modo, revelar-se-á inadequado o uso da ação direta de inconstitucionalidade prevista no art. 102, 1º a", da CF. a despeito da referência, no dispositivo a leis e atos normativos. Logo, como fartamente comprovado, não é possível se arguir a inconstitucionalidade dos Decretos Municipais mencionados, haja vista seu nítido matiz regulamentar, faltando-lhe, pois, a densidade normativa necessária a tal desiderato. Assim, uma vez comprovado que o decreto é regulamentador da Lei Municipal 1.437/97, enquanto não reconhecida a inconstitucionalidade da lei, não há que se falar em dano ao erário, pois além da norma estar vigente, soma-se ainda, o fato de que os vencimentos pagos aos servidores nomeados tem a efetiva prestação de serviços à coletividade.”

O Corpo técnico anuiu com os fundamentos da ITI e rechaçou as alegações de Defesa, afirmando que o art. 19 da Lei Municipal 1.437/1997 autoriza a criação de outros órgãos, e não de cargos. Logo, não havia autorização legislativa para a expedição dos decretos municipais em análise e, portanto, há evidente violação aos artigos 48, X, e 61, II, “a”, da Constituição Federal.

O *Parquet* de contas acrescentou ainda que não pode “o gestor utilizar a exceção prevista no inciso VI, “b”, do art. 84 como subterfúgio a criação de cargos, eis que essa norma é clara ao dispor a possibilidade de extinção de cargos público se não a criação e, ainda assim, quando vagos”.

Inicialmente, com uma simples leitura, é possível observar a flagrante violação das normas constitucionais contidas nos art. 48, X e art. 61, §1º, II, “a”, conforme redação abaixo:

Art. 48. **Cabe ao Congresso Nacional**, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

X - **criação, transformação e extinção de cargos**, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b;

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as **leis** que:

II - **disponham** sobre:

a) **criação de cargos**, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

A tese defensiva de que a natureza jurídica dos decretos em análise é executiva ou regulamentar, na medida em que se prestavam a regulamentar o art. 19 da Lei Municipal 1.437/1997, não merece prosperar, senão vejamos:

Art. 19 – Fica o Prefeito Municipal autorizado a complementar a estrutura prevista na presente Lei **criando, através de decreto, outros órgãos** de nível hierárquico inferior ao de Secretaria.

Primeiramente, esta autorização legislativa é referente a órgão e não a cargo, conforme bem observado pela equipe técnica na ITC. Além disso, cumpre salientar que o artigo da lei em questão está também maculado de inconstitucionalidade, pois viola o disposto no art. 48, XI e no art. 61, § 1º, II, “e” da CRFB:

Art. 48 (...)

XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública;

Art. 61 (...)

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

II - disponham sobre:

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

Por fim, é mister observar que nem mesmo por decreto autônomo (art. 84, VI, “a” e “b”) poderia o Chefe do Executivo municipal dispor sobre criação de órgãos e cargos públicos.

Nesse sentido, acompanhando o posicionamento técnico e ministerial, entendo por negar a exequibilidade dos Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011, bem como, de ofício, a do art. 19 da Lei 1.437/1197.

**2.2.2 DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS Nº 1.437/97, Nº 1.637/2003, Nº 1683/2005, Nº 1.877/2009.**

**PARÂMETRO DE CONTROLE:** art. 37, caput, II e V, e art. 61, II, “a”, ambos da Constituição Federal.

Na ITI 104/2015, foi noticiada a inconstitucionalidade das seguintes Leis Municipais no tocante à criação de cargos em comissão abaixo elencados, em afronta ao art. 37, V, da CRFB, em razão das **atribuições desses cargos não se enquadrarem como atividades de direção, chefia ou assessoramento:**

- **Lei Municipal nº 1.437/1997**, de 31 de março de 1997: Dispõe sobre a estrutura administrativa do município de Afonso Cláudio e dá outras providências; **Cargo:** “Procurador e Assistente Jurídico”. “Advogado” e “Auxiliar de Chefia”
- **Lei Municipal nº 1.637/2003**, de 12 de maio de 2003: altera a lei 1.437/1997 e dá outras providências. **Cargo:** “Procurador Adjunto”
- **Lei Municipal nº 1.693/2005**, de 10 de maio de 2005: cria a Secretaria Municipal de Meio Ambiente e dá outras providências. **Cargo:** “Auxiliar de Chefia”
- **Lei Municipal nº 1.877/2009**, de 14 de dezembro de 2009: altera a lei 1.437/1997 e dá outras providências. **Cargo:** “Assistente Técnico”

**b) Lei Municipal 1.437/1997 - “Procurador e Assistente Jurídico”. “Advogado” e “Auxiliar de Chefia”**

Com relação à Lei Municipal 1.437/1997, a opinião técnica inicial notícia que:



“De acordo com o art. 3º dessa lei, cabe à Procuradoria e Assistência Judiciária: I – prestar assistência judiciária à população carente do município; II – representar o município em juízo ou fora dele nas questões relacionadas às suas atribuições. Das análises realizadas, constata-se que essas são as únicas atribuições regulamentadas relativas ao cargo comissionado de “Procurador Assistente Judiciário”, conforme confirmado pela Administração por meio da “Tabela Informativa de Cargos Comissionados”. Em relação aos cargos de “Advogado”, a referida lei não estabeleceu as suas atribuições e, de acordo com “Tabela Informativa de Cargos Comissionados”, fornecida pela Administração, acompanhada de Declaração assinada pelo Prefeito, esse cargo não teve as suas atribuições regulamentadas por nenhum outro ato normativo. Somente na referida tabela são apresentadas as atividades desempenhadas pelos servidores, in verbis: -Prestam assistência jurídica gratuita em todas as áreas jurídicas às pessoas carentes residentes no Município. Depreende-se do texto colacionado acima que as atividades dos Advogados são exatamente as mesmas elencadas no art. 3º, I, que trata das atribuições da Procuradoria e Assistência Judiciária, qual seja: “prestar assistência judiciária à população carente do município”.

(...)

“Ademais, os Municípios devem perfilar as regras impostas tanto à União quanto aos Estados, pois as funções de uma procuradoria municipal são as mesmas da procuradoria estadual e federal, o que exige dos ocupantes dos quadros os requisitos da independência para o exercício da função e o provimento por meio de concurso público, em que se respeite a impessoalidade, a igualdade e o mérito. Em relação aos cargos de “Auxiliar de Chefia”, a referida lei não estabeleceu as suas atribuições e, de acordo com “Tabela Informativa de Cargos Comissionados”, fornecida pela Administração, acompanhada de Declaração assinada pelo Prefeito, esse cargo não teve as suas atribuições regulamentadas por nenhum outro ato normativo. Somente na referida tabela são apresentadas as atividades desempenhadas pelos servidores, in verbis: -Auxilia os Secretários Municipais e os Chefes de Departamentos na execução dos serviços da Secretaria.

Após solicitação da equipe de auditoria, a Administração explicitou as atribuições do auxiliar de chefia, nestes termos: -Auxilia os Secretários Municipais e os Chefes de Departamentos na execução dos serviços da Secretaria; -Responsável pela coordenação e controle dos servidores das Estações de Tratamento de Água e Esgoto dos Distritos; -Responsável pela coordenação das atividades dos serviços de limpeza e manutenção dos distritos; -Responsável pela coordenação de programas e projetos das Secretarias; -Responsável pela gerência das atividades desenvolvidas pelos servidores nos Postos de Correios dos Distritos; -Coordena as equipes da Secretaria responsáveis pelo agendamento de consultas e exames; -Coordena e controla os veículos das Secretarias. Nota-se que esses servidores auxiliam outros servidores também comissionados, como os Secretários e Chefes de Departamentos, além disso, as suas atribuições não se mostram relacionadas às funções típicas de direção, chefia ou assessoramento. Embora na descrição do elenco das atribuições (constante na tabela fornecida pela Administração) conste por diversas vezes o verbo “coordenar”, isso não significa que necessariamente esse cargo pode ser provido por servidor em comissão. Além disso, a lei que criou esses cargos não previu as suas atribuições. O STF já decidiu que as leis que criam cargos de provimento em comissão devem ser claras quanto à natureza de suas atribuições, sendo que essas devem ser compatíveis com as funções de direção, chefia ou assessoramento”.

## **b) Lei Municipal 1.637/2003 - “Procurador Adjunto”**

Com relação à Lei Municipal 1.637/2003, a opinião técnica inicial alega que:

“Conforme consta da “Tabela Informativa de Cargos Comissionados” juntamente com a Declaração assinada pelo Prefeito, os cargos em comento não tiveram suas atribuições

regulamentadas, até a data de realização dos trabalhos de auditoria in loco, ou seja, passados mais de 17 anos da edição do ato legal, o mesmo não fora regulamentado. Segundo informação prestada pelo Prefeito, o ocupante do cargo supracitado possui as seguintes atribuições: -Defende em juízo ou fora dele, os direitos e interesses do município; -Promover cobrança judicial da Dívida Ativa do município ou de quaisquer dívidas que não forem liquidados nos prazos legais;

-redigir projetos de leis, justificativas de vetos, decretos, regulamentos, contratos e outros documentos de natureza jurídica; -Assessorar o Prefeito nos atos executivos relativos à desapropriação, alienação e aquisição de imóveis pela Prefeitura e nos contratos em geral; -Participar de inquéritos administrativos e dar-lhes orientação jurídica conveniente;-Manter atualizada a coletânea de leis municipais, bem como a legislação federal e estadual de interesse do Município; -Proporcionar assessoramento jurídico aos órgãos da Prefeitura. Da análise deste rol, constata-se que essas atividades são exatamente as mesmas que cabem à Procuradoria Geral, elencadas no art. 3º da Lei Municipal nº 1.437/1997. Ressalta-se, porém, que já existe no município o cargo, também comissionado, de Procurador Geral, razão pela qual parece desarrazoado criar mais dois cargos em comissão para essa área. Portanto, a Lei Municipal nº 1.637/03 incorre em vício de inconstitucionalidade, por criar cargos de Procurador Adjunto, cujas atribuições não se amoldam àquelas de direção, chefia ou assessoramento, nos moldes do art. 37, V, da CF/88”.

### **c) Lei Municipal 1683/2005 - “Auxiliar de Chefia”**

Com relação à Lei Municipal 1.683/2005, a opinião técnica inicial alega que:

Ao se analisar a referida norma, verifica-se que esta se limitou à criação dos cargos, não prevendo nada em relação às suas atribuições. Conforme informações fornecidas pela Administração, as atribuições desenvolvidas por esses servidores são as mesmas dos demais cargos de Auxiliar de Chefia, criados pela Lei Municipal nº 1.437/97, cuja inconstitucionalidade já fora arguida no item 2.8.1.1.Sendo assim, a Lei Municipal nº 1.693/05 também deve ser reputada inconstitucional, por afronta ao art. 37, V, da CF/88

### **d) Lei Municipal 1.877/2009 - “Assistente Técnico”**

Com relação à Lei Municipal 1.877/2009, a opinião técnica inicial afirma que a referida lei criou, por extensão, quatro cargos comissionados de “Assistente Técnico”, sem, contudo, nada dispor sobre suas atribuições:

“De acordo com a “Tabela Informativa de Cargos Comissionados” e a Declaração assinada pelo Prefeito, os cargos em comento não tiveram suas atribuições regulamentadas, até data da auditoria, sendo estas apenas informadas pela Prefeitura, como sendo de: “Auxiliar a parte burocrática da Secretaria; auxiliar o Secretário Executivo na execução e acompanhamento de processos; responsável pela agenda do Secretário Municipal e diversas tarefas correlatas”. Para melhor detalhamento, a Administração explicitou, posteriormente, que o ocupante do referido cargo deverá desenvolver as atividades que seguem:-Auxilia na parte burocrática da Secretaria;- Auxilia o Secretário Executivo na execução e acompanhamento de processos;- Responsável pela agenda do Secretário Municipal;-Auxilia na coordenação e acompanhamento dos projetos da Secretaria Municipal de Esporte e Lazer e Secretaria Municipal de Cultura e Turismo;-Auxilia o Secretário Municipal, gerenciando os servidores sob sua responsabilidade.

Denota-se, também, que essas atividades são de apoio ao Secretário da pasta e que não se enquadram em atribuições de direção, chefia ou assessoramento, em burla ao

regramento disposto no art. 37, V, da CF/88. Por fim, é forçosa a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.693/05, visto que, da mesma forma que as anteriores, voltada a criação de cargos comissionados, de Auxiliar de Chefia, cujas atribuições não se enquadram como tal.”

A opinião técnica na ITC 474/2017 diverge da inicial, ao fundamento de que a falha das leis foi não ser transparente quanto às atribuições dos cargos, sendo que o desempenho de suas atividades pode ser de assessoramento. Além disso, a área técnica invoca a presunção de constitucionalidade das leis para defender o não descumprimento ao art. 37, II e V da CF/88.

De acordo com o Ministério Público de Contas, viola o princípio da legalidade a criação de cargos comissionados sem que haja a fixação das respectivas atribuições. Afirma também que “a Constituição Federal (art. 37, V) e a Constituição Estadual (art. 32, V) ao estabelecer que os cargos em comissão somente poderiam ser direcionados à direção, chefia e assessoramento, vinculou o legislador infraconstitucional, que não conta com a faculdade de criá-los com atribuições da sua conveniência, as quais, impreterivelmente, devem estar previstas e especificadas em lei formal, tarefa que jamais poderá ser delegada ao titular do poder regulamentar”.

Com relação à Lei Municipal 1.437/1997, o MP ressalta que “as atividades desenvolvidas pelo procurador e assistente jurídico são atribuições privativas de servidor efetivo ocupante de cargo de Procurador Municipal, nos termos dos arts. 131 e 132 da Constituição Federal, e art. 122 da Constituição Estadual, representando o seu cometimento a servidores comissionados burla ao princípio do concurso público, insculpido no art. 37, II, da Constituição Federal e art. 32, II, da Constituição Estadual”.

Lembra o Excelentíssimo Procurador que essa Colenda Corte de Contas já tem entendimentos no mesmo sentido, conforme julgados abaixo:

**Acórdão TC-078/2012, prolatado nos autos do proc. TC n. 7242/2011(PM Guarapari): REPRESENTAÇÃO – ATRIBUIÇÃO DA ATIVIDADE DE PROCURADOR MUNICIPAL A SERVIDORES COMISSIONADOS –DETERMINAR ANULAÇÃO DOS ATOS DE NOMEAÇÃO AOS CARGOS COMISSIONADOS NO PRAZO DE 30 DIAS.**

**ACÓRDÃO TC-1090/2017 –SEGUNDA CÂMARA PROCESSO -TC-7254/2015 JURISDICIONA DO -PREFEITURA MUNICIPAL DE JOÃO NEIVA ASSUNTO - FISCALIZAÇÃO –REPRESENTAÇÃO REPRESENTANTE -MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL DE CONTAS RESPONSÁVEL -ROMERO GOBBO FIGUEREDO TERCEIRO INTERESSADO -MILENA SPINASSÉ SCARPATI EMENTAREPRESENTAÇÃO EM FACE DE SUPOSTAS IRREGULARIDADES NO MUNICÍPIO DE JOÃO NEIVA –1) MANTER IRREGULARIDADE –2) PROCEDÊNCIA – 3) DAR CIÊNCIA –4) ARQUIVAR. [...]2. DA BURLA AO CONCURSO PÚBLICO Alega**

a área técnica que a suposta irregularidade retrata dois fatos distintos, vale dizer, a nomeação para o cargo de Procurador Adjunto, cujas atribuições seriam típicas de cargos de provimento efetivo; e a contratação temporária de advogado para a realização de serviços rotineiros da Administração. Quanto à primeira situação, constatou a ITC 5797/2015 que: [...]o preenchimento do cargo, ante as circunstâncias encontradas na Procuradoria Municipal de João Neiva, indica que as atribuições de servidores efetivos eram exercidas exclusivamente por pessoas providas em cargo em comissão.

Isto porque, segundo pesquisa realizada pela autoridade representante (fls. 158/160) e não contestada pelo justificante, demonstra que a Procuradoria Municipal tinha em seus quadros apenas o Procurador Geral e o Procurador Adjunto, sem a presença de qualquer servidor efetivo. Logo, isso reforça o entendimento de que tais agentes exerciam as atribuições afetas à Procuradoria Municipal, transcritas no art. 19 da Lei Municipal 1.138/01, típicas e corriqueiras em setor jurídico de qualquer município, tendo como atribuições, dentre outras: defesa em juízo do município, execução de dívida ativa e elaboração de pareceres.[...] Logo, em face da situação fática encontrada naquele município no exercício de 2015, é certo que atividades de caráter técnico, permanente e contínuo são exercidas por servidores comissionados, sem nenhuma participação de servidores efetivos nomeados após regular concurso público, burlando os termos do art. 37, V da CRFB/88. [...] [...] ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-7254/2015, ACORDAM os Srs. conselheiros da Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e três de agosto de dois mil e dezessete, à unanimidade, nos termos do voto do relator, conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges: 1. Manter a seguinte irregularidade, referente ao item: Burla ao concurso público. Base Legal: artigo 37, II e IX, da CFRB. 2. Considerar procedente a representação apresentada pelo Ministério Público de Contas, na forma do artigo 95, inciso II, e 99, § 2º, ambos da Lei Complementar Estadual nº 621/2012; 3. Dar ciência ao representante do teor da decisão final a ser proferida; 4. Após certificado o trânsito em julgado, arquivar os presentes autos, com fulcro no art. 207, III, do Regimento Interno desta Corte.

Pois bem.

Inicialmente, deve-se partir da premissa de que o provimento de cargo público se dá por meio de concurso de prova ou prova e títulos, sendo esta a regra, nos moldes do art. 37, II da Constituição:

Art. 37 (...)

**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;

Todavia, em determinados casos expressos, permitiu o Legislador Constitucional o provimento em cargo em comissão, na forma do inciso V do mesmo artigo:

Art. 37 (...)

**V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de**

**carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;**

Percebe-se que essa exceção diz respeito somente às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Nesse viés, é imprescindível a indicação, completa e precisa, das atribuições desses cargos no momento de sua criação, ou seja, no processo legislativo. Não pode o Legislador Municipal delegar tal função ao Chefe do Executivo ou dar “carta branca” para a escolha de atribuição por quem nomeará o servidor, sob pena de esvaziar a norma constitucional, bem como atentar contra a Legalidade e Moralidade.

Não se pode, como recomenda a equipe técnica da ITC, buscar refúgio no princípio da presunção de constitucionalidade das leis à alegação de que os cargos, apesar de não terem atribuições definidas ou serem imprecisas, poderão ser de assessoramento.

Cargo em comissão deve ser exceção na Administração Pública, sendo permitidos apenas nos casos previstos na Constituição. Logo, sua criação depende de fundamentação e, no mínimo, esclarecimento de suas atribuições para se efetuar um controle de legalidade.

A questão envolvendo a Lei 1.437/1997 é ainda mais gravosa, posto que elas criam os cargos de “Procurador e Assistente Jurídico”, “Advogado” e “Auxiliar de Chefia”. Tais cargos, além de, no ato de criação, terem suas atribuições dúbias, são cargos de extrema importância para a Administração Municipal.

Percebe-se que as atribuições inerentes à Procuradoria Jurídica se relacionam a serviços típicos de Advocacia Pública, os quais são inegavelmente de caráter técnico, permanente e continuado, na medida em que visam à defesa de interesses relevantes da Administração Municipal e à proteção de seu patrimônio em demandas judiciais e outros bens indisponíveis. Uma Procuradoria é decisiva para uma boa gestão pública.

Ademais, diante da importância de tais cargos, é imperioso reconhecer a efetividade, que somente poderá se dar mediante concurso público. Nesse contexto, diante de suas atribuições, os cargos da Procuradoria Jurídica não devem ser “refém” do gestor, que poderá mudar o servidor a seu bel-prazer, uma vez que o cargo em comissão é de livre nomeação e exoneração, bem como não precisa de motivação tais atos.

Dessa forma, a natureza do cargo de Procurador Jurídico não demanda relação de confiança, as atividades descritas na norma impugnada não representam o poder de comando inerente aos cargos de direção, e as funções também não figuram como uma assessoria técnica necessária ao auxílio do Chefe do Executivo. Não há dúvida, portanto, de que as atividades desempenhadas pelo Procurador Jurídico não envolvem chefia, assessoramento ou direção

Em relação ao tema, o Supremo Tribunal Federal (STF) se posicionou da seguinte forma no julgamento da **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.261** em 02 de agosto de 2010:

“A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da OAB em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da CF. Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos. **É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo.** Precedentes.” (ADI 4.261, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 2-8-2010, Plenário, DJE de 20-8-2010.) No mesmo sentido: ADI 881-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-8-1993, Plenário, DJ de 25-4-1997. (g.n)”.

Por fim, acerca da Lei Municipal 1.637/2003 que institui o cargo de Procurador Adjunto, entendo que não há vício de constitucionalidade, de certa forma o citado cargo enquadra-se ao conceito de chefia e/ou direção, assim como o cargo de procurador geral.

O mesmo seria possível aos cargos de assessor jurídico, desde que a este sejam atribuídos somente função de assessoramento e não funções típicas de procurador.

Ante o exposto, divergindo parcialmente do posicionamento técnico e o *Parquet*, entendo por negar a exequibilidade apenas das Leis Municipais nº 1.437/97, nº 1683/2005 e nº 1.877/2009.



Com relação à Lei Municipal nº 1.437/97, percebo que a simples declaração de inconstitucionalidade resultará em graves prejuízos à Administração Pública. Nesse cenário, entendo que se faz necessária a modulação de seus efeitos, na forma do parágrafo único do artigo 335 da Resolução 261/2013 deste TCE: “poderá o Plenário, por razões de segurança jurídica e excepcional interesse público, por maioria absoluta, modular os efeitos da decisão”.

Assim, **entendo que esta declaração deva só ter eficácia a partir da realização de concurso público e da nomeação dos aprovados para tais cargos, ou no prazo máximo de a ser definido no julgamento de mérito deste processo, contados do trânsito em julgado.**

Já quanto as Leis Municipais nº 1683/2005 e nº 1.877/2009 e os Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011, bem como, de ofício, a do art. 19 da Lei 1.437/1197, entendo que esta declaração deva só ter eficácia a partir da publicação desta decisão.

Ante todo o exposto, acompanhando o entendimento do Ministério Público de Contas e divergindo parcialmente do entendimento da Área Técnica, VOTO por que seja adotada a minuta que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

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

9. **Negar a exequibilidade** aos Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011, bem como, de ofício, a do art. 19 da Lei 1.437/1197, por ofensa aos arts. 37, caput, V, 48, X e 61, II, “a”, da CF/88, promovendo-se o **incidente de inconstitucionalidade**, conforme os artigos 1º, XXXV, 176 e seguintes, da Lei Complementar 621/2012, com fulcro na Súmula n. 347 do STF.
10. **Negar a exequibilidade** das Leis Municipais nº 1.437/97, nº 1683/2005 e nº 1.877/2009, por ofensa aos arts. 37, caput, V, 48, X e 61, II, “a”, da CF/88, promovendo-se o **incidente de inconstitucionalidade**, conforme nos artigos 1º, XXXV, 176 e seguintes, da Lei Complementar 621/2012, com fulcro na Súmula n. 347 do STF



- 11.Promover a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em relação às Leis Municipais nº 1.437/97, na forma do parágrafo único do artigo 335 da Resolução 261/2013 deste TCE, devendo esta declaração só ter eficácia a partir da realização de concurso público e da nomeação dos aprovados para tais cargos.
- 12.Promover a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das Leis Municipais nº 1683/2005 e nº 1.877/2009 e os Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011, bem como, de ofício, a do art. 19 da Lei 1.437/1197, devendo esta declaração deva só ter eficácia a partir da publicação desta decisão

**DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER**

**Relator**

## **1. ACÓRDÃO TC-00135/2020-2**

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

**1.1. Negar a exequibilidade** aos Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011, bem como, de ofício, a do art. 19 da Lei 1.437/1197, por ofensa aos arts. 37, caput, V, 48, X e 61, II, “a”, da CF/88, promovendo-se o **incidente de inconstitucionalidade**, conforme os artigos 1º, XXXV, 176 e seguintes, da Lei Complementar 621/2012, com fulcro na Súmula n. 347 do STF;

**1.2. Negar a exequibilidade** das Leis Municipais nº 1.437/97, nº 1683/2005 e nº 1.877/2009, por ofensa aos arts. 37, caput, V, 48, X e 61, II, “a”, da CF/88, promovendo-se o **incidente de inconstitucionalidade**, conforme nos artigos 1º, XXXV, 176 e seguintes, da Lei Complementar 621/2012, com fulcro na Súmula n. 347 do STF;

**1.3.** Promover a **modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade** em relação às Leis Municipais nº 1.437/97, na forma do parágrafo único do artigo 335 da Resolução 261/2013 deste TCE, devendo esta declaração só ter eficácia a partir da realização de concurso público e da nomeação dos aprovados para tais cargos.

**1.4.** Promover a **modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade** das Leis Municipais nº 1683/2005 e nº 1.877/2009 e os Decretos 157/1997, 169/1997, 116/1998, 124/2001, 590/2002 e 99/2011, bem como, de ofício, a do art. 19 da Lei 1.437/1197, devendo esta declaração deva só ter eficácia a partir da publicação desta decisão

**2.** Por maioria nos termos do voto complementar do relator. Parcialmente vencidos o presidente Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, que manteve seu voto e o conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha que o acompanhou. Parcialmente vencido conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo que manteve seu voto vista.

**3.** Data da Sessão: 18/02/2020 – 4ª Sessão Ordinária do Plenário.

**4.** Especificação do quórum:

**4.1.** Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Domingos Augusto Taufner (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

**4.2.** Conselheira Substituta: Márcia Jaccoud Freitas (em substituição).

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

**Presidente**

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

**Relator**

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

CONSELHEIRA SUBSTITUTA MÁRCIA JACCOUD FREITAS

**Em substituição**

Fui presente:

LUIZ HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

**Procurador-geral**

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

**Secretário-geral das sessões**