



## Decisão 00089/2022-2 - 2ª Câmara

Produzido em fase anterior ao julgamento

**Processo:** 05485/2021-1

**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Representação

**UG:** PMJ - Prefeitura Municipal de Jaguaré

**Relator:** Sérgio Manoel Nader Borges

**Representante:** Membros do Ministério Público de Contas (LUCIANO VIEIRA)

**Responsável:** ROGERIO FEITANI, MARCOS ANTONIO GUERRA WANDERMUREM

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO – PREFEITURA MUNICIPAL DE JAGUARÉ — INDEFERIR MEDIDA CAUTELAR – DETERMINAR A TRAMITAÇÃO SOB O RITO ORDINÁRIO – NOTIFICAÇÃO 10 (DEZ) DIAS – CIENTIFICAR.**

Em decorrência da calamidade pública da pandemia da Covid-19, restou proibida, dentre outros atos, a criação de cargo, emprego ou função que implicasse em aumento de despesa, por força do art. 8º, II da LC 173/2020.

Para deferimento de medida cautelar, indispensável a existência dos requisitos de fundado receio de ofensa ao interesse público e risco de ineficácia de decisão de mérito, além de inexistência de *periculum in mora* reverso, características não atendidas no caso em debate.

**O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:****1- RELATÓRIO**

Trata-se de Representação, com pedido de provimento liminar cautelar, proposta pelo Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo, em face da Prefeitura Municipal de Jaguaré/ES, em virtude supostos indícios de ilegalidades em virtude de suposta irregularidade decorrente da publicação da Lei Municipal nº 1.528/2020, que “cria gerência especializada de gestão da central municipal de regulação, a gerência especializada de gestão da assistência farmacêutica e o núcleo de tecnologia de informação na estrutura da secretaria municipal de saúde, prevista na lei nº 726, de 02 de outubro de 2007, que dispõe sobre a organização administrativa do município de Jaguaré-ES e dá outras providências” que, junto ao art. 3º, prevê que “ficam criados os cargos públicos, de provimento em comissão, com nomenclatura, padrões e vencimentos, descritos no Anexo I desta Lei”, numa aparente violação expressa vedação contida no art. 8º, incisos I, II, III, IV e da LC nº 173/2020, que estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências

Em síntese, o Representante alega que a LC nº 173/2020 somente admitiu a concessão, a qualquer título, de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a membros de Poder ou de órgão, servidores e empregados públicos e militares, bem como a criação ou majoração de auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares, ou ainda de seus dependentes, quando derivada de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade, o que não seria o caso da lei municipal em referência.

Nesse tocante, ressalta ainda o *Parquet* que os cargos gerados em decorrência da Lei 1.528/2020, do município de Jaguaré/ES, geram impacto financeiro, haja vista não ter havido extinção de outros cargos, para fins de compensação.

Assim, diante da suposta irregularidade apontada na peça inaugural, pugnou o Representante pelo deferimento da medida cautelar, fazendo-a nos seguintes termos:

1 –com espeque nos arts.1º, incisos XV, e 124 da LC n. 621/2012, a concessão de **medida cautelar inaudita altera parte**, determinando-se Prefeito de Jaguaré que se abstenha de efetuar nomeações para ocupar os cargos previstos na Lei 1.528/2020, até que se decida sobre o mérito da questão suscitada;

Já no mérito, requer:

1 –o conhecimento, recebimento e processamento desta representação, na forma do artigo 99, § 1º, inciso VI, da LC n. 621/12 c/c artigos 181 e 182, inciso VI, e 264, inciso V, do RITCEES;

2 –a oitiva e citação do requerido, para querendo apresentar justificativa, consoante arts. 57, inciso I, e 125, § 4º, da LC n. 621/12;

3 –ao final, a procedência da representação, confirmando-se os efeitos da antecipação da tutela, para, nos termos do art. 71, IX, da CF, determinar ao Chefe do Poder Executivo que se abstenha de efetuar nomeação de servidor para ocupar os cargos previstos na Lei 1.528/2020, bem como aplicar multa pecuniária ao responsável pela realização de despesa com grave violação à norma legal, conforme art. 135, inciso II da LC n. 621/2012, sem prejuízo de imputação de eventual débito que venha a ser revelado nos procedimentos de auditoria.

Além disso, com vistas a subsidiar a Representação, o Representante junta aos autos os documentos encontrados nos eventos n. 03 à 07 – Peças Complementares.

Recebidos os autos neste gabinete, por meio da Decisão Monocrática 000859/2021-5, determinei a notificação do Prefeito Municipal de Jaguaré, Sr. MARCOS ANTÔNIO GUERRA WANDERMUREM, para que no prazo de 05 (cinco) dias, nos termos do art. 125, §3º, da LC621/2012, se manifestasse nos autos e apresentasse suas justificativas e documentos pertinentes.

Devidamente notificado, tempestivamente o responsável apresentou as razões de defesa 01313/2021-1 (evento 14), instruída pelas peças complementares anexas aos eventos 15 a 18.

Com supedâneo no art. 177, §2º c/c art. 186 do RITCEES, realizei o juízo de admissibilidade, conhecendo a presente representação, conforme despacho 47248/2021-7 (evento 20).

Em seguida, foram os autos encaminhados ao Núcleo de Controle de Fiscalização de Pessoal e Previdência - NPPREV, para instruir nos termos regimentais, sendo elaborada a Manifestação Técnica de Cautelar 00167/2021-1, na qual apresentou a seguinte proposta de encaminhamento, vejamos:

#### **4 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

**4.1 – Indeferir** a medida cautelar pleiteada, nos termos da fundamentação, ressaltando que a mesma poderá ser deferida no curso do processo, caso presentes os requisitos autorizadores, nos termos do art. 124 da Lei Orgânica do TCEES;

4.2 – Tramitar sob o **rito ordinário**, prosseguindo-se com a instrução nos termos do art. 295 e seguintes do Regimento Interno do TCEES.

4.3 – Dar ciência aos interessados.

Após os autos foram encaminhados a este Gabinete.

É o relatório.

## II - FUNDAMENTAÇÃO

### II.1 – DA ADMISSIBILIDADE DA REPRESENTAÇÃO

Como sobredito, a análise dos requisitos de admissibilidade foi realizada no exercício da competência monocrática estabelecida pelo art. 94, §2º c/c art. 101, § único da LC 621/2012 e art. 177, §2º c/c art. 186 do RITCEES, de modo que a presente representação restou **conhecida** no momento oportuno.

### II.2 – DA MEDIDA CAUTELAR

O art. 124 da Lei 621/2012, ao tratar das medidas cautelares no âmbito deste Tribunal de Contas, preceitua que:

**Art. 124.** No início ou no curso de qualquer processo, havendo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão de mérito, o Tribunal de Contas poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares.

Nesse mesmo contexto, vale citar o art. 376 do RITCEES, que assim dita:

**Art. 376.** No início ou no curso de qualquer processo, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares, observado o rito sumário previsto nos arts. 306 a 312 deste Regimento, desde que presentes os seguintes requisitos:

- I - fundado receio de grave ofensa ao interesse público; e
- II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

Nota-se, com isso, que esta Corte de Contas dispõe de instrumentos legais que a permitem determinar medidas cautelares que, necessariamente, estarem presentes os requisitos que a doutrina denomina como *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, indispensáveis para concessão de liminar nesta espécie de procedimento.

Ademais, ainda sobre as medidas cautelares, a norma de reenvio elencada no art. 129 da LC 621/2012<sup>1</sup> permite a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, que no caso, sugerem as tutelas de urgência tratadas no art. 300 do CPC. O aludido

---

<sup>1</sup> LC 621/2021 - Art. 129. As medidas cautelares previstas neste Título serão regulamentadas no Regimento Interno, aplicando-se, subsidiariamente, o Código de Processo Civil.

dispositivo expõe que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo do dano ou o risco ao resultado útil do processo, tratados pela doutrina e jurisprudência como *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e *periculum in mora* (perigo na demora).

Nada obstante, ao analisar os fatos narrados nos autos, nota-se que o representante requer, por fim, que o Prefeito Municipal de Jaguaré se abstenha de efetuar nomeações para ocupar os cargos previstos na Lei nº 1.528/2020, sob a premissa de que, além de inobservar a Lei Complementar 173/2020, trará impacto orçamentário à municipalidade, haja vista o aumento da despesa de pessoal.

A esse respeito, manifestou o corpo técnico, por meio da MTC 00167/2021-1:

Em que pese os esclarecimentos prestados, mesmo reconhecendo a importância daqueles profissionais na estrutura organizacional da Secretaria Municipal de Saúde, é inegável que a edição da Lei nº 1.528/2020 e o consequente provimento dos cargos por ela criados, violaram frontalmente os incisos II e IV do art. 8º da Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020, que assim dispõem:

Art. 8º Na hipótese de que trata o [art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000](#), a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 **FICAM PROIBIDOS**, até 31 de dezembro de 2021, de:

II - **criar cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa**;

IV - **ADMITIR** ou contratar **PESSOAL**, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares; **(GNN)**

Não quis o legislador federal, com essas medidas, engessar a administração. Como exposto no Parecer Referencial nº 8/2020/PGCONS<sup>2</sup>, da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, "(...) **não se vislumbra óbice aos rearranjos que a Administração Pública, não raro, se encontra na contingência de realizar no que diz com os cargos de chefia, direção e assessoramento, para se acomodar às necessidades sempre dinâmicas do complexo aparelho estatal, consistentes na transformação ou realocação de cargos, como, por exemplo, na transformação de um cargo em comissão anteriormente ocupado em dois outros com remunerações inferiores, desde que a soma das despesas com os novos cargos não ultrapassem a despesa do cargo objeto da transformação**". **(GNN)**

Nesse sentido, para atender aos ditames da lei federal sem burla às suas vedações, ao propor a criação dos referidos cargos, de tamanha urgência e relevância para o Município, caberia ao Chefe do Poder Executivo

<sup>2</sup> Disponível em: <https://pg.df.gov.br/wp-conteudo/uploads/2020/03/PARECER-REFERENCIAL-01.pdf>. Acesso em: 24/11/2021.

**municipal, no mesmo ato, propor a extinção de outros**, menos relevantes, capazes de compensar o acréscimo nominal da despesa resultante dos cargos criados.

Do mesmo modo, não há como albergar a pretensa alegação de que a reorganização da gestão dos serviços de saúde pelo advento da pandemia da Covid-19, associada à criação dos cargos ora impugnados, corroboraram para a aprovação da Lei nº 1.528/2020, numa dissimulada alusão à exceção prevista no §1º do art. 8º da LC nº 173, de 2020.

De fato, o dispositivo prevê que o disposto nos incisos II e IV do art. 8º **não se aplica a medidas de combate à calamidade pública**, todavia, em sua parte final, **limita a vigência e os efeitos daqueles atos à duração da calamidade pública** provocada pela pandemia do Coronavírus. Eis o teor do dispositivo:

Art. 8º. ...

§ 1º O disposto nos incisos II, IV, VII e VIII do caput deste artigo **não se aplica a medidas de combate à calamidade pública** referida no caput **CUJA VIGÊNCIA E EFEITOS NÃO ULTRAPASSEM A SUA DURAÇÃO. (GNN)**

Como a vigência e os efeitos da **Lei Municipal nº 1.528, de 15 de junho de 2020** são perenes, assim como a vigência e os efeitos dos **atos de provimento** dos cargos por ela criados, que não se restringem ao período da pandemia, inaplicável a exceção prevista no citado §1º da LC 173/2020.

O Plenário deste Tribunal de Contas, por meio dos Pareceres em Consulta TC 017/2020-1<sup>3</sup> e TC 003/2021<sup>4</sup>, adotou uma postura firme na interpretação

<sup>3</sup> **Parecer em Consulta TC 017/2020:**

“[...] Os entes federativos sujeitos ao art. 8º, da Lei Complementar 173/2020, **NÃO PODEM** praticar atos que aumentem a despesa relativas à remuneração de membros de Poder ou de órgão, servidores e empregados públicos e militares quando:

- a) derivada de lei posterior ao reconhecimento da calamidade pública;
- b) derivada determinação legal anterior à calamidade pública E cujo período de aquisição se complete após a publicação da LC 173/2020 (28/05/2020) para as vantagens explicitamente listadas no inciso IX, do art. 8º, da LC 173/2020, quais sejam, anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio, demais mecanismos equivalentes que aumentem a despesa com pessoal em decorrência da aquisição de determinado tempo de serviço. No caso dessas verbas, além do pagamento da vantagem ser proibido, fica suspensa a contagem do período aquisitivo entre a publicação da Lei 173/2020 (28/05/2020) e 31/12/2021.”

<sup>4</sup> **Parecer em Consulta TC 003/2021:**

“[...] 1.1.1. A expedição de ato concessivo de revisão geral anual ou de recomposição remuneratória a agentes públicos, a qualquer título, ainda que dentro do percentual de correção monetária acumulado em período anterior, publicada nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao término do mandato, mesmo que preveja parcelas a serem posteriormente implementadas, viola a vedação legal contida no inciso II do art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal, com redação dada pela Lei Complementar 173/2020, constante da redação original do seu parágrafo único, atualmente revogado, é nulo de pleno direito e constitui crime contra as finanças públicas, tipificado no art. 359-G do Código Penal;

1.1.2. Além disso, durante a vigência do Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 instituído pela Lei Complementar 173/2020 até 31.12.2021, a expedição de ato concessivo de revisão geral anual ou de recomposição remuneratória a agentes públicos, a qualquer título, ainda que dentro do percentual da correção monetária acumulado em período anterior, viola a vedação legal contida no inciso I do art. 8º da Lei Complementar 173/2020, é nulo de pleno direito e constitui crime contra as finanças públicas, tipificado no art. 359-D do Código Penal;

1.1.3. Mesmo fora dos períodos de vedação, anteriormente indicados, a expedição de ato constitutivo de direito do qual resulte aumento de despesa com pessoal deve observar, em

destas normas, sinalizando ao gestor público o rigor no exame dos atos que possam violar as vedações impostas pelo art. 8º da Lei Complementar nº 173, de 2020, direcionando-o no caminho da eficiência e da eficácia do gasto público para o enfrentamento dos severos efeitos econômicos, sociais e de saúde pública provocados pela pandemia.

Neste sentido, por violar o art. 8º, incisos II e IV, da Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020, entende-se haver **grave ofensa ao interesse público** capaz de atrair a incidência do art. 124 da Lei Complementar 621/2012.

Todavia, o segundo requisito para a adoção da medida cautelar pleiteada, qual seja, **o risco de ineficácia da decisão de mérito**, com a devida vênua ao órgão ministerial representante, **não se mostra presente**.

Da relação de cargos ocupados no âmbito da Secretaria Municipal de Saúde de Jaguaré, extraída do Portal de Transparência<sup>5</sup>, verifica-se que os três cargos criados pela Lei nº 1.528/2020 foram providos:

(...)

Considerando que, dentre as medidas de urgência previstas no art. 377 do RITCEES, **não se encontra o afastamento cautelar de servidor público de suas funções**, não se vislumbra neste momento qualquer medida de urgência passível de ser adotada por esta Corte de Contas em face do gestor ou dos ocupantes dos cargos acima, senão vejamos:

Art. 377. O Tribunal, dentre outras medidas cautelares previstas em sua Lei Orgânica, poderá determinar à autoridade competente:

I - a suspensão de ato ou procedimento administrativo, em quaisquer de suas fases;

II - a suspensão de execução de contrato administrativo, bem como os pagamentos dele decorrentes;

**III - a abstenção da prática de ato administrativo, de modo a evitar a ocorrência de lesão ao erário ou ao interesse público;**

IV - a adoção de providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada qualquer ilegalidade. **(GNN)**

Observa-se que o pedido formulado pelo representante encontra fundamento jurídico exatamente no **inciso III** acima reproduzido, o qual possui a nítida função de **evitar** a ocorrência de lesão ao erário ou ao interesse público a partir da abstenção da prática de um ato, não sendo o mesmo dispositivo apto a autorizar a determinação para revogar ou a anular um ato praticado que já se aperfeiçoou no tempo.

A pretensão de afastar temporariamente o agente do exercício de suas funções, quando passível de causar danos ao erário ou inviabilizar o seu ressarcimento, foi materializada pelo TCEES no Projeto de Lei Complementar 1/2012<sup>6</sup> (art. 125, inciso I), que deu origem à Lei Orgânica deste Tribunal de Contas.

---

todo e qualquer caso, sob pena de nulidade absoluta, o disposto nos artigos 16 e 17, da Lei de Responsabilidade Fiscal, no art. 37, XIII e art. 169, §1º, da Constituição Federal e o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo, em observância aos incisos e parágrafos do art. 21, da LRF”.

<sup>5</sup> Disponível em: [http://www.jaguare.es.gov.br/transparencia/rh/cargos\\_e\\_salarios](http://www.jaguare.es.gov.br/transparencia/rh/cargos_e_salarios). Acesso em: 24/11/2021.

<sup>6</sup> Disponível em: [http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/documento\\_spl/35894.pdf](http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/documento_spl/35894.pdf). Acesso

Todavia, o dispositivo foi vetado pelo Governador do Estado, sendo a norma sancionada e publicada sem a medida proposta pelo TCEES e aprovada pelo Plenário da Assembleia Legislativa (ALES), à época.

Por outro lado, passados quase dezoito meses do início da vigência da Lei Municipal nº 1.528, de 15 de junho de 2020, o risco de ineficácia da decisão de mérito ou o *periculum in mora* se mostra absolutamente mitigado, especialmente considerando o inegável interesse público nos cargos por ela criados - a partir da leitura de suas atribuições - e a modicidade da remuneração a eles atribuídos, não havendo qualquer alegação ou evidência de inaptidão ou de ineficiência dos servidores que atualmente os ocupam.

Deste modo, embora se vislumbre, perfunctoriamente, **grave ofensa ao interesse público**, representada pela violação ao art. 8º, incisos II e IV, da Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020, **não se verifica**, nesta análise preliminar, a satisfação do requisito legal concernente ao **risco de ineficácia da decisão de mérito**, necessário a autorizar a adoção da medida cautelar pleiteada, ressaltando que a mesma poderá ser requerida no curso do processo, caso identificada a presença dos requisitos autorizadores, nos termos do art. 124 da Lei Orgânica do TCEES.

Assim, corroborando com a referida Manifestação Técnica, entendo ser inapropriado o deferimento da medida cautelar pleiteada, visto não terem sido demonstrados os requisitos autorizadores, quais sejam: fundado receio de ofensa ao interesse público e risco de ineficácia de decisão de mérito.

Ao contrário, a avaliação dos riscos provenientes, no caso vertente, identificou a presença do ***periculum in mora reverso***, cujo conteúdo expressa justamente a ameaça de grave lesão à ordem pública e administrativa, fundada na possibilidade de a concessão da tutela de urgência ser mais gravosa que o eventual dano que se busca evitar, ameaça esta que restou configurada no caso concreto, haja vista que, se deferida, ocasionará a exoneração de servidores que compõem a estrutura da municipalidade e que contra os quais inexistem alegação ou evidência de ineficiência quanto aos serviços prestados. Nessa toada, deve-se salientar que são apenas 3 (três) cargos, com salário módico, e que o deferimento do pedido cautelar tão logo poderá se tornar ineficaz, dada a vigência da Lei Complementar 173/2020.

Assim sendo, não restam verificados os requisitos necessários ao deferimento cautelar do pedido do Representante, o que culmina, portanto, no indeferimento do pleito, devendo-se, entretanto, a fim de conferir maior transparência quanto ao rigor do cumprimento da legislação, **determinar ao atual prefeito, ou a quem porventura vier a sucedê-lo que, enquanto vigente a Lei Complementar 173/2020, e na hipótese de vacância dos cargos criados pela lei 1.528/2020, que as novas**

---

em: 24/11/2021.



**nomeações sejam precedidas de conhecimento e autorização por esta Corte de Contas, bem como se abstenha, em igual período, de criar novos cargos.**

Ante o exposto, acompanhando o entendimento da área técnica, cuja fundamentação integra este voto independente de transcrição, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

**SÉRGIO MANOEL NADER BORGES**

Conselheiro relator

**1. DECISÃO TC-0089/2022-2**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas pelo relator por:

**1.1. INDEFERIR MEDIDA CAUTELAR**, nos termos do art. 307, § 3º do RITCEES, porquanto ausentes os requisitos autorizadores, assim como verificado o risco do *periculum in mora* reverso no caso em comento;

**1.2. DETERMINAR** ao atual Prefeito Municipal de Jaguaré, ou a quem porventura vier a sucedê-lo que, enquanto vigente a Lei Complementar 173/2020, e na hipótese de vacância dos cargos criados pela lei 1.528/2020, que as novas nomeações sejam precedidas de conhecimento e autorização por esta Corte de Contas, bem como se abstenha, em igual período, de criar novos cargos;

**1.3. NOTIFICAR** os responsáveis para que nos termos do art. 307, § 3º, do RITCEES, prestem as informações quanto aos itens questionados na Representação, bem como informe os motivos da suspensão do certame, no prazo de 10 (dez) dias;

**1.4. DETERMINAR** a tramitação do feito sob o rito ordinário, face à ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES, assim que escoado o prazo de 10 (dez) dias para a prestação de informações pelos responsáveis, a fim de que esta Corte de Contas proceda à devida análise de mérito;

**1.5. CIENTIFICAR** o Representante acerca do teor desta decisão, conforme comando previsto no art. 307, § 7º do RITCEES.

**2.** Unânime.

**3.** Data da Sessão: 28/01/2022 - 2ª Sessão da Segunda Câmara.

**4.** Especificação do quórum:

**4.1** Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente/relator), Domingos Augusto Taufner e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

**5.** Membro do Ministério Público de Contas: Procurador Luciano Vieira.

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

**Presidente**