



## Acórdão 00918/2022-7 - Plenário

**Processos:** 02058/2022-6, 01633/2020-4

**Classificação:** Pedido de Reexame

**UG:** PMS - Prefeitura Municipal de Serra

**Relator:** Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

**Interessado:** AUDIFAX CHARLES PIMENTEL BARCELOS, ALEXANDRE CAMILO FERNANDES VIANA, ANCKIMAR PRATISSOLLI, VITOR SOARES SILVARES, JOUBERT JANTORNO FILHO, ELCIMARA RANGEL LOUREIRO ALICIO, GELSON SILVA JUNQUILHO, ZACARIAS CARRARETTO, IGOR ELSON BROMONSCHENKEL DE ALMEIDA, EDMO PIRES MARTINS, JOAO CARLOS MENESES, ALINE STEIN CORDEIRO, MIRIAN GUIDINE SOPRANI, AUREA DA SILVA GALVAO ALMEIDA, MAISA EUFRASIA SILVA RAMOS FALCAO, HARLEN MARCELO PEREIRA DE SOUZA

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

**Procuradores:** ALINE DUTRA DE FARIA (OAB: 12031-ES), FELIPE OSORIO DOS SANTOS (OAB: 6381-ES), ZACARIAS CARRARETTO FILHO (OAB: 11878-ES)

### PEDIDO DE REEXAME – ADMISSIBILIDADE – CONHECER - PROVIMENTO PARCIAL.

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

#### 1. DO RELATÓRIO:

Tratam os autos de **Pedido de Reexame** interposto pelo **Ministério Público Especial de Contas**, subscrito pelo Procurador de Contas Dr. Luciano Vieira, em face do **Acórdão 00020/2022-1 - Plenário**, prolatado no **Processo TC 1633/2020-4** (Fiscalização / Representação), nos seguintes termos:

[...]

#### 1. ACÓRDÃO TC-20/2022:

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

##### 1.1. **AFASTAR** as seguintes preliminares de mérito:

**1.1.1. DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PREFEITO MUNICIPAL (ITEM IV.1.1 DO VOTO);**

**1.1.2. DA IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO TRIBUNAL DE CONTAS DAS LEIS Nº 2.356/2000, Nº 3.448/2009, Nº 4.829/2018 E OS DECRETOS Nº 2.301/2018, Nº 8.189/2016, Nº 844/2001 (ITEM IV.1.2 DO VOTO);**

**1.1.3. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DOS DISPOSITIVOS LEGAIS CITADOS NESTE VOTO (ITENS IV.2.1, IV.2.2 E IV.2.3 DO VOTO).**

**1.2. Acolher preliminar levantada pelo Ministério Público de Contas no sentido de DECLARAR a INCONSTITUCIONALIDADE, *incidenter tantum*, ou seja, aplicando-se o controle difuso de constitucionalidade, próprio dos Tribunais de Contas, no bojo de cada irregularidade, dos seguintes dispositivos legais indicados: o art. 2º, inciso I, alínea “c” da Lei Municipal nº 2.368/2001 e os arts. 13, *caput*, §1º, §2º e §3º, e 14 da Lei Municipal nº 3.448/2009, que dispõem sobre a criação do cargo comissionado de Assistente Técnico – CC-05, e, por consequência, os Decretos Municipais nº 844/2001 e nº 8189/2016, que estabeleceram as atribuições, respectivamente, dos cargos de Supervisor de Serviços Gerais – CC 05 e Assistente Técnico – CC 05, os primeiros por violação ao artigo 37, V<sup>1</sup>, da Constituição Federal e artigo 32, *caput* da Constituição Estadual (ITEM IV.3.1 DO VOTO) e o art. 1º da Lei Municipal n. 4.829/2018, que autoriza a criação de cargos temporários e os respectivos preenchimentos e dá outras providências, uma vez que o referido dispositivo legal não elenca especificamente os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, o que afronta ao preceito insculpido no art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal (ITEM IV.3.3 DO VOTO).**

**1.3. AFASTAR a seguinte irregularidade:**

**1.3.1. SERVIDORES OCUPANTES DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DESIGNADOS PARA EXERCEREM A FUNÇÃO DE FISCAL E DE GESTOR DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (ITEM IV.3.2 DO VOTO);**

**1.4. MANTER as seguintes irregularidades:**

**1.4.1. PROVER CARGOS EM COMISSÃO CRIADOS POR LEI SEM DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES E REQUISITOS PARA DESEMPENHO DE FUNÇÕES BUROCRÁTICAS, TÉCNICAS OU OPERACIONAIS, NÃO CARACTERIZADAS COMO ATIVIDADES DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ACESSORAMENTO (ITEM IV.3.1 DO VOTO);**

**1.4.2. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES POR TEMPO DETERMINADO SEM EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO (ITEM IV.3.2 DO VOTO).**

---

<sup>1</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

**1.5.** Acolher parcialmente as razões de justificativas e deixar de aplicar multa, pelas razões expostas neste voto, aos seguintes responsáveis:

**1.5.1. AUDIFAX CHARLES PIMENTEL BARCELOS** – Prefeito Municipal de Serra – Exercício 2018 (**ITENS IV.3.1 E IV.3.3 DO VOTO**);

**1.5.2. ALEXANDRE CAMILO FERNANDES VIANA** - Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos da Serra - Exercício 2018 (**ITEM IV.3.3 DO VOTO**);

**1.5.3. MIRIAN GUIDINE SOPRANI** - Secretária Municipal de Desenvolvimento Urbano da Serra - Exercício 2018 (**ITEM IV.3.3 DO VOTO**);

**1.5.4. JOÃO CARLOS MENESES** - Secretário Municipal de Obras da Serra - Exercício 2018 (**ITEM IV.3.3 DO VOTO**).

**1.6. CONSIDERAR PREJUDICADA** a análise da irregularidade apontada no **ITEM IV.3.4 DO VOTO**, de forma a se evitar a ocorrência de *bis in idem*, vez que a irregularidade se revela abrangida pela irregularidade narrada no **ITEM IV.3.1 DO VOTO**.

**1.7. ARQUIVAR**, após o trânsito em julgado.

**2.** Unânime.

**3.** Data da Sessão: 27/01/2022 – 2ª Sessão Ordinária do Plenário.

**4.** Especificação do quórum:

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

O recorrente, em síntese, almeja o conhecimento e processamento do Pedido de Reexame, para que seja reformado o Acórdão 20/2022-Plenário, para: **a)** aplicar multa pecuniária aos responsáveis, Audifax Charles Pimentel Barcelos, Alexandre Camilo Fernandes Viana, Mirian Guidine Soprani e João Carlos Meneses, pela prática da infração descrita nos itens 3.1 e 3.3 da Instrução Técnica Inicial 00161/2021-3 (Processo TC-01633/2020-4), com fulcro nos arts. 95, inciso II, e 135, II, da LC n. 621/2012 c/c arts. 207, § 4º, e 389, inciso II, do RITCEES; **b)** expedição de determinação, em face da infração descrita no item 3.2 da ITI 00161/2021-3, ao Executivo Municipal para que a designação de fiscal dos contratos seja feita por ato formal e recaia sempre em servidor efetivo da Administração Pública, indicando de forma clara e objetiva o seu nome, cargo e matrícula, bem como descrevendo suas atribuições genéricas (art. 67, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/93) e específicas, se houver,

tal qual adotado no Acórdão TC-1121/2017-Plenário, (Processo TC-4279/2012), relator Conselheiro Domingos Augusto Taufner, publicado em 19/02/2018.

Destaco que, por meio da **Decisão Monocrática 00323/2022** (evento 05), conheci o presente Pedido de Reexame, por estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade, e determinei a notificação Audifax Charles Pimentel Barcelos, Alexandre Camilo Fernandes Viana, Anckimar Pratissolli, Vitor Soares Silveiras, Joubert Jantorno Filho, Elcimara Rangel Loureiro Alicio, Gelson Silva Junquilha, Zacarias Carraretto, Igor Elson Bromonschenkel de Almeida, Edmo Pires Martins, João Carlos Meneses, Aline Stein Cordeiro, Mirian Guidine Soprani, Aurea da Silva Galvão Almeida, Maria Eufrásia Silva Ramos Falcão, Harlen Marcelo Pereira de Souza, para, no prazo de 30 (trinta) dias, facultar-lhes a apresentação de suas contrarrazões, disponibilizando a peça recursal.

Os agentes foram notificados (Edital de Notificação 13/2022-1, doc. 07) da Decisão Monocrática 323/2022, tendo apresentado tempestivamente as contrarrazões os agentes Vitor Soares Silveiras (evento 13), Audifax Charles Pimentel Barcelos (evento 16), Alexandre Camilo Fernandes Viana, João Carlos Meneses e Mirian Guidine Soprani (defesa conjunta, evento 17), além do município de Serra (evento 10), conforme Despacho 21574/2022 da Secretaria-Geral das Sessões (evento 18).

O agente Harlen Marcelo Pereira de Souza foi notificado (Termo de Notificação 00900/2022-7, doc. 06) em nome do município de Serra.

Ainda conforme o despacho, não foram encontrados documentos em nome dos agentes Anckimar Pratissolli, Joubert Jantorno Filho, Elcimara Rangel Loureiro Alicio, Gelson Silva Junquilha, Zacarias Carraretto, Igor Elson Bromonschenkel de Almeida, Edmo Pires Martins, Aline Stein Cordeiro, Aurea da Silva Galvão Almeida e Maisa Eufrasia Silva Ramos Falcão.

Instada a se manifestar, a Área Técnica, por meio do Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas, através da **Instrução Técnica de Recurso 00284/2022** (evento 21), apresentou à seguinte conclusão:

#### **5- CONCLUSÃO.**

Considerando-se os argumentos fáticos e jurídicos apresentados, opina-se **pelo CONHECIMENTO** do presente **Pedido de Reexame** e, no mérito, pelo seu

**PROVIMENTO PARCIAL**, para que o **Acórdão TC-00020/2022-1 – Plenário** seja reformado nos seguintes termos:

**a) Cominar multa pecuniária** aos responsáveis, Audifax Charles Pimentel Barcelos, Alexandre Camilo Fernandes Viana, Mírian Guidine Soprani e João Carlos Meneses, pela prática da infração descrita nos **itens 3.1 e 3.3** da Instrução Técnica Inicial 00161/2021-3 (processo TC-01633/2020-4), com fulcro nos arts. 95, inciso II, e 135, II, da LC n. 621/2012 c/c arts. 207, § 4º, e 389, inciso II, do RITCEES;

**b) Expedição de determinação**, em face da infração descrita no item 3.2 da ITI 00161/2021-3, ao Executivo Municipal **para que a designação de fiscal dos contratos seja feita por ato formal, indicando de forma clara e objetiva o seu nome, cargo e matrícula, bem como descrevendo suas atribuições genéricas** (art. 67, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/93) **e específicas**, se houver, tal qual adotado no Acórdão TC-1121/2017-Plenário, (processo TC-4279/2012);

**c) Manter incólume os demais termos do v. Acórdão TC-00020/2022-1 – Plenário.**

O *Parquet* de Contas, por meio do **Parecer nº 2751/2022** (evento 25), da lavra do Procurador Dr. Luciano Vieira, reiterou todos os pedidos requeridos na exordial do presente recurso.

Após, houve a juntada de sustentação oral pela advogada Aline Dutra de Faria, tendo sido juntado aos autos a Petição Intercorrente 00576/2022 (evento 28), Peça Complementar 44075/2022 (evento 29) e Áudio ou Vídeo da Sustentação Oral 00108/2022-1.

**É o relatório. Passo a fundamentar.**

## VOTO

### 2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

#### 2.1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Verifico que o feito se encontra devidamente instruído, portanto, apto a julgamento, eis que observados todos os trâmites legais e regimentais.

Vale ressaltar que o **Acórdão 00020/2022-1 - Plenário**, atacado através do presente

recurso de pedido de reexame pelo **Ministério Público Especial de Contas**, é oriundo de Fiscalização / Representação (Processo TC nº 1633/2020-4), apresentada pelo próprio Recorrente (Ministério Público Especial de Contas), em face dos senhores **Antônio Sérgio Alves Vidigal** (mandato 2009/2012), **Audifax Charles Pimentel Barcelos** (mandato 2013/2016 e 2017/2020) – ex-prefeito, **Lourênci Riani** (prefeita interina no exercício de 2016) e de **Herman Mattos De Souza** (exercício 2015), **João Carlos Meneses** (interino no exercício 2015), **Zacarias Carraretto** (exercício 2019) – ex-secretários e secretário de obras, **Alexandre Camilo Fernandes Viana** (exercício 2017), **Anckimar Pratissolli** (exercício 2019) – ex-secretário de Administração e Recursos Humanos, agentes políticos e ordenadores de despesa no município de Serra, pelos fundamentos fáticos e jurídicos que a seguir apresentados.

A referida Representação, apontou indícios de irregularidades decorrentes de documentos encaminhados pela 13ª Promotoria de Justiça Cível da Serra, referente a existência dos procedimentos preparatórios MPES números 2017.0007.3596-97, 2017.0003.6063-40 e 2014.0000.5626-23, que apuram a prática de desvio de função e finalidade na nomeação de servidores públicos em cargos comissionados criados pelas leis municipais números 2.356/2000, 2.368/2001 e 3.448/2009, dentre os quais o de Assistente Técnico (CC-5) na Secretaria Municipal de Administração e Recursos Humanos, e de Assessor Técnico, em diversas Secretarias, sem o descritivo das atribuições de chefia, direção e assessoramento.

Consta ainda, que no exercício de 2018, a Prefeitura Municipal de Serra abriu processo seletivo simplificado – Edital SEAD nº 0002/2018 –, resultando na contratação de 19 (dezenove) servidores temporários para as funções de engenheiro civil, engenheiro ambiental e arquiteto, de acordo com a Lei Municipal nº 4.829/2018, sem a demonstração do excepcional interesse público capaz de justificar tais contratações.

Em suas razões recursais, o Recorrente, em síntese, insurge-se contra o Acórdão 00020/2022- Plenário, requerendo que seja recebido, conhecido e provido o presente pedido de reexame para reformar o ao Acórdão TC-00020/2022-1–Plenário para:

*(a) aplicar multa pecuniária aos responsáveis, Audifax Charles Pimentel Barcelos, Alexandre Camilo Fernandes Viana, Mirian Guidine Soprani e João Carlos Meneses, pela prática da infração descrita nos itens 3.1 e 3.3 da Instrução Técnica Inicial 00161/2021-3 (processo TC-01633/2020-4), com fulcro nos arts. 95, inciso II, e 135, II, da LC n. 621/2012c/c arts. 207, §4º, e 389, inciso II, do RITCEES;*

*(b) expedição de determinação, em face da infração descrita no item 3.2da ITI 00161/2021-3, ao Executivo Municipal para que a designação de fiscal dos contratos seja feita por ato formal e recaia sempre em servidor efetivo da Administração Pública, indicando de forma clara e objetiva o seu nome, cargo e matrícula, bem como descrevendo suas atribuições genéricas (art. 67, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/93) e específicas, se houver, tal qual adotado no Acórdão TC-1121/2017-Plenário, (processo TC-4279/2012), relator Conselheiro Domingos Augusto Taufner, publicado em 19/02/2018; e*

*(c) manter incólume os demais termos do v. Acórdão TC-00020/2022-1-Plenário.*

Na sequência, através da Decisão Monocrática nº 00323/2022, conheci o presente recurso por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, razão pela qual entendo que deve ser mantido o conhecimento do recurso intentado, conforme antes decidido.

Os agentes foram **notificados** (Edital de Notificação 13/2022-1, doc. 07) da Decisão Monocrática 323/2022, tendo apresentado tempestivamente as contrarrazões os agentes Vitor Soares Silves (doc. 13), Audifax Charles Pimentel Barcelos (doc. 16), Alexandre Camilo Fernandes Viana, João Carlos Meneses e Mirian Guidine Soprani (defesa conjunta, doc. 17), além do município da Serra (doc. 10), Conforme Despacho 21574/2022 (doc. 18).

O agente Harlen Marcelo Pereira de Souza foi notificado (Termo de Notificação 00900/2022-7, doc. 06) em nome do município de Serra.

Ainda conforme o despacho, não foram encontrados documentos em nome dos agentes Anckimar Pratissolli, Joubert Jantorno Filho, Elcimara Rangel Loureiro Alicio, Gelson Silva Junquilha, Zacarias Carraretto, Igor Elson Bromonschenkel de Almeida, Edmo Pires Martins, Aline Stein Cordeiro, Aurea da Silva Galvão Almeida e Maisa Eufrazia Silva Ramos Falcão.

Ultrapassada esta fase, passo à análise do mérito recursal.

## 2.2. DO MÉRITO RECURSAL:

Depreende-se dos autos, que se insurge o Ministério Público Especial de Contas contra o Acórdão TC nº 0020/2022- Plenário, prolatado nos autos do Processo TC 1633/2020.

Inicialmente, é importante destacar que a Instrução Técnica Inicial 135/2020 (evento 65 - Processo TC 1633/2020), apresentou a seguinte proposta de encaminhamento:

[...]

*“Em face do exposto, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, sugerimos a seguinte proposta de encaminhamento:*

**4.1 NÃO ACOLHER** os pedidos de instauração dos **incidentes de inconstitucionalidade** suscitados pelo representante, nos termos dos **itens 2.1 e 2.2** desta Instrução Técnica Inicial, por não se vislumbrar na representação qualquer relação jurídica concreta capaz de atrair a competência desta Corte, mas tão somente a incompatibilidade abstrata das normas impugnadas com a Constituição Federal e com a Constituição Estadual, residindo nesta (a inconstitucionalidade) o próprio objeto do pedido, e não questão prejudicial, sendo defeso ao Tribunal de Contas exercer esse controle, sob pena de usurpação da competência da Corte Constitucional.

*Alternativamente, caso assim entenda o relator, propõe-se a abertura de vista ao douto representante do Ministério Público Especial de Contas, a fim de que, caso queira, possa aclarar a sua pretensão, possibilitando uma melhor análise por parte desta unidade técnica.*

**4.2 ACOLHER** a proposta de **incidente de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Municipal n. 4.829/2018**, formulada no **item 2.3** desta Instrução Técnica Inicial, e, via de consequência, **NOTIFICAR** o Agente Audifax **Charles Pimentel Barcelos** - Prefeito Municipal da Serra; **Alexandre Camilo Fernandes Viana** - Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos da Serra (exercício 2018); **Mírian Guidine Soprani** - Secretária Municipal de Desenvolvimento Urbano da Serra (exercício 2018); e **João Carlos Meneses** - Secretário Municipal de Obras da Serra (exercício 2018); para que, no prazo e forma regimentais, manifestem-se quanto ao incidente proposto, considerando que a procedência do pedido poderá conduzir à irregularidade dos atos administrativos que culminaram na contratação de servidores por prazo determinado com base na lei municipal impugnada, para desempenho de atribuições de caráter permanente e sem excepcional interesse público.

**4.3 CITAR** o Agente Audifax **Charles Pimentel Barcelos** - Prefeito Municipal da Serra, para que, no **prazo de 30 (trinta) dias improrrogáveis**, nos termos do art. 207, inciso I, c/c art. 300, § 1º, e art. 358, inciso I, todos do Regimento Interno deste Tribunal, apresente suas **razões de justificativas** quanto aos fatos apontados no **item 3.1** desta Instrução Técnica Inicial, sob pena de **multa pecuniária**, nos termos do art. 135, inciso II, da Lei Complementar 621, de 8 de março de 2012, caso não acolhidas sua justificativa, além de outros consectários legais, sujeitando-o à revelia caso não atendida a citação no prazo fixado;



**4.4 CITAR** os Srs. **Audifax Charles Pimentel Barcelos** - Prefeito Municipal da Serra; **Alexandre Camilo Fernandes Viana** - Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos da Serra (exercícios 2017/2018); **Anckimar Pratisolli** - Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos da Serra (exercícios 2019/2020); **Maria Eufrasia Silva Ramos Falcão** - Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos da Serra - interina (exercício 2019); **Vitor Soares Silveiras** - Procurador-geral do Município da Serra (exercício 2017); **Joubert Jantorno Filho** - Secretário Municipal de Assistência Social da Serra (exercícios 2019/2020); **Elcimara Rangel Loureiro Alcício** - Secretária Municipal de Assistência Social da Serra (exercícios 2019/2020); **Gelson Silva Junquillo** - Secretário Municipal de Educação da Serra (exercícios 2019/2020); **Áurea Almeida da Silva Galvão** - Secretária Municipal de Meio Ambiente da Serra (exercícios 2019/2020); **Zacarias Carraretto** - Secretário Municipal de Obras da Serra (exercícios 2019/2020); **Igor Elson Bromonschenkel de Almeida** - Secretário Municipal de Serviços da Serra (exercícios 2019/2020); **Edmo Pires Martins** - Secretário Municipal de Serviços da Serra (exercício 2020); **João Carlos Meneses** - Secretário Municipal de Obras da Serra (exercícios 2016/2018); e **Aline Stein Cordeiro** - Secretária Municipal de Obras da Serra - interina (exercício 2018); para que, no **prazo de 30 (trinta) dias improrrogáveis**, nos termos do art. 207, inciso I, c/c art. 300, § 1º, e art. 358, inciso I, todos do Regimento Interno deste Tribunal, apresentem suas **razões de justificativas** quanto aos fatos apontados no **item 3.2** desta Instrução Técnica Inicial, sob pena de **multa pecuniária**, nos termos do art. 135, inciso II, da Lei Complementar 621, de 8 de março de 2012, caso não acolhidas suas justificativas, além de outros consectários legais, sujeitando-os à revelia caso não atendida a citação no prazo fixado;

**4.5 CITAR** os Srs. **Audifax Charles Pimentel Barcelos** - Prefeito Municipal da Serra, **Alexandre Camilo Fernandes Viana** - Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos da Serra (exercício 2018); **Mírian Guidine Soprani** - Secretária Municipal de Desenvolvimento Urbano da Serra (exercício 2018); e **João Carlos Meneses** - Secretário Municipal de Obras da Serra (exercício 2018); para que, no **prazo de 30 (trinta) dias improrrogáveis**, nos termos do art. 207, inciso I, c/c art. 300, § 1º, e art. 358, inciso I, todos do Regimento Interno deste Tribunal, apresentem suas **razões de justificativas** quanto aos fatos apontados no **item 3.3** desta Instrução Técnica Inicial, sob pena de **multa pecuniária**, nos termos do art. 135, inciso II, da Lei Complementar 621, de 8 de março de 2012, caso não acolhidas suas justificativas, além de outros consectários legais, sujeitando-os à revelia caso não atendida a citação no prazo fixado.”

Neste contexto, o Relator apresentou Voto 01846/2021-1 na 20ª Sessão Ordinária do Plenário realizada em 29/04/2021, dando origem a Decisão 01136/2021 no sentido de encaminhar os presentes autos à Área Técnica, para que fosse reanalisada as ponderações elencadas nos itens 2.1 e 2.2 da Instrução Técnica Inicial 135/2020, tendo sido elaborada a **Instrução Técnica Inicial 161/2021** (evento 82), apresentando a seguinte proposta de encaminhamento:

[...]

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

*Em face do exposto, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, sugerimos a seguinte proposta de encaminhamento:*

**4.1 ACOLHER** os pedidos de instauração dos incidentes de **inconstitucionalidade** suscitados pelo representante, nos termos dos **itens 2.1 e 2.2** desta Instrução Técnica Inicial, e, via de consequência, **NOTIFICAR** o Sr. **Audifax Charles Pimentel Barcelos - Prefeito Municipal da Serra** e o Sr. **Harlen Marcelo Pereira de Souza (Procurador-Geral do Município da Serra)**; para que, no prazo e forma regimentais, manifestem-se quanto aos incidentes propostos, considerando que a procedência do pedido poderá conduzir à irregularidade dos atos administrativos que culminaram na contratação de servidores comissionados, cujos cargos não tiveram suas atribuições estabelecidas em lei;

**4.2 ACOLHER** a proposta de **incidente de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Municipal n. 4.829/2018**, formulada no **item 2.3** desta Instrução Técnica Inicial, e, via de consequência, **NOTIFICAR** o Sr. **Audifax Charles Pimentel Barcelos - Prefeito Municipal da Serra**; Sr. **Harlen Marcelo Pereira de Souza (Procurador-Geral do Município da Serra)**; Sr. **Alexandre Camilo Fernandes Viana - Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos da Serra (exercício 2018)**; Sra. **Mirian Guidine Soprani - Secretária Municipal de Desenvolvimento Urbano da Serra (exercício 2018)**; e Sr. **João Carlos Meneses - Secretário Municipal de Obras da Serra (exercício 2018)**; para que, no prazo e forma regimentais, manifestem-se quanto ao incidente proposto, considerando que a procedência do pedido poderá conduzir à irregularidade dos atos administrativos que culminaram na contratação de servidores por prazo determinado com base na lei municipal impugnada, para desempenho de atribuições de caráter permanente e sem excepcional interesse público.

**4.3 CITAR** o Sr. **Audifax Charles Pimentel Barcelos - Prefeito Municipal da Serra**, para que, no **prazo de 30 (trinta) dias improrrogáveis**, nos termos do art. 207, inciso I, c/c art. 300, § 1º, e art. 358, inciso I, todos do Regimento Interno deste Tribunal, apresente suas **razões de justificativas** quanto aos fatos apontados nos **itens 3.1 e 3.4** desta Instrução Técnica Inicial, sob pena de **multa pecuniária**, nos termos do art. 135, inciso II, da Lei Complementar 621, de 8 de março de 2012, caso não acolhidas sua justificativa, além de outros consectários legais, sujeitando-o à revelia caso não atendida a citação no prazo fixado;

**4.4 CITAR** os Srs. **Audifax Charles Pimentel Barcelos - Prefeito Municipal da Serra**; **Alexandre Camilo Fernandes Viana - Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos da Serra (exercícios 2017/2018)**; **Anckimar Pratisolli - Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos da Serra (exercícios 2019/2020)**; **Maria Eufrasia Silva Ramos Falcão - Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos da Serra - interina (exercício 2019)**; **Vitor Soares Silves - Procurador-geral do Município da Serra (exercício 2017)**; **Joubert Jantorno Filho - Secretário Municipal de Assistência Social da Serra (exercícios 2019/2020)**; **Elcimara Rangel Loureiro Alício - Secretária Municipal de Assistência Social da Serra (exercícios 2019/2020)**; **Gelson Silva Junquillo - Secretário Municipal de Educação da Serra (exercícios 2019/2020)**; **Áurea Almeida da Silva Galvão - Secretária Municipal de Meio Ambiente da Serra (exercícios 2019/2020)**; **Zacarias Carraretto - Secretário Municipal de Obras da Serra (exercícios 2019/2020)**; **Igor Elson Bromonschenkel de Almeida - Secretário Municipal de Serviços da Serra (exercícios 2019/2020)**; **Edmo Pires Martins - Secretário Municipal de Serviços da Serra (exercício 2020)**; **João Carlos Meneses - Secretário Municipal de Obras da Serra (exercícios 2016/2018)**; e **Aline Stein Cordeiro - Secretária Municipal de Obras da Serra - interina (exercício 2018)**; para que, no **prazo de 30 (trinta) dias improrrogáveis**, nos termos do art. 207, inciso I, c/c art. 300, § 1º, e art. 358, inciso I, todos do Regimento Interno deste Tribunal, apresentem suas **razões de justificativas** quanto aos fatos apontados no **item 3.2** desta Instrução Técnica Inicial, sob pena de **multa pecuniária**, nos termos do art. 135, inciso II, da Lei Complementar 621, de 8 de março de 2012, caso não acolhidas suas justificativas, além de outros consectários legais, sujeitando-os à revelia caso não atendida a citação no prazo fixado;

**4.5 CITAR** os Srs. **Audifax Charles Pimentel Barcelos** - Prefeito Municipal da Serra, **Alexandre Camilo Fernandes Viana** - Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos da Serra (exercício 2018); **Mírian Guidine Soprani** - Secretária Municipal de Desenvolvimento Urbano da Serra (exercício 2018); e **João Carlos Meneses** - Secretário Municipal de Obras da Serra (exercício 2018); para que, no **prazo de 30 (trinta) dias improrrogáveis**, nos termos do art. 207, inciso I, c/c art. 300, § 1º, e art. 358, inciso I, todos do Regimento Interno deste Tribunal, apresentem suas **razões de justificativas** quanto aos fatos apontados no **item 3.3** desta Instrução Técnica Inicial, sob pena de **multa pecuniária**, nos termos do art. 135, inciso II, da Lei Complementar 621, de 8 de março de 2012, caso não acolhidas suas justificativas, além de outros consectários legais, sujeitando-os à revelia caso não atendida a citação no prazo fixado.

Pois bem.

A área técnica, nos termos da **Instrução Técnica de Recurso nº 00284/2022**, assim opinou, *litteris*:

[...]

#### **5- CONCLUSÃO.**

Considerando-se os argumentos fáticos e jurídicos apresentados, opina-se **pelo CONHECIMENTO** do presente **Pedido de Reexame** e, no mérito, pelo seu **PROVIMENTO PARCIAL**, para que o **Acórdão TC-00020/2022-1 – Plenário** seja reformado nos seguintes termos:

- a) Cominar multa pecuniária** aos responsáveis, Audifax Charles Pimentel Barcelos, Alexandre Camilo Fernandes Viana, Mírian Guidine Soprani e João Carlos Meneses, pela prática da infração descrita nos **itens 3.1 e 3.3** da Instrução Técnica Inicial 00161/2021-3 (processo TC-01633/2020-4), com fulcro nos arts. 95, inciso II, e 135, II, da LC n. 621/2012 c/c arts. 207, § 4º, e 389, inciso II, do RITCEES;
- b) Expedição de determinação**, em face da infração descrita no item 3.2 da ITI 00161/2021-3, ao Executivo Municipal **para que a designação de fiscal dos contratos seja feita por ato formal, indicando de forma clara e objetiva o seu nome, cargo e matrícula, bem como descrevendo suas atribuições genéricas** (art. 67, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/93) **e específicas**, se houver, tal qual adotado no Acórdão TC-1121/2017-Plenário, (processo TC-4279/2012);
- c) Manter incólume os demais termos do v. Acórdão TC-00020/2022-1 – Plenário.**

Foram apontadas na Instrução técnica inicial 161/2021 (TC 1633/2020) as seguintes irregularidades:

**3.1 PROVER CARGOS EM COMISSÃO CRIADOS POR LEI SEM DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES E REQUISITOS PARA DESEMPENHO DE FUNÇÕES BUROCRÁTICAS, TÉCNICAS OU OPERACIONAIS, NÃO CARACTERIZADAS COMO ATIVIDADES DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ACESSORAMENTO**

**Base legal:** Art. 37, *caput*, e incisos II e V, da Constituição Federal e art. 32, *caput*, e incisos II e V, da Constituição Estadual.

**Responsável:** **Audifax Charles Pimentel Barcelos** - Prefeito Municipal da Serra.

**Conduta:** Nomear, empossar e manter servidores em cargos de provimento em comissão, criados por lei sem descrição das atribuições e requisitos para desempenho de funções de caráter burocrático, técnico ou operacional, não caracterizadas como atividades de direção, chefia ou assessoramento.

**Nexo causal:** Ao prover cargos em comissão para desempenho de funções não caracterizadas como de direção, chefia ou assessoramento, o responsável comete grave infração à norma constitucional, violando o disposto no art. 37, incisos II e V, da CF/88, bem como os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.

### **3.2 SERVIDORES OCUPANTES DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DESIGNADOS PARA EXERCEREM A FUNÇÃO DE FISCAL E DE GESTOR DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

**Base legal:** Art. 37, inciso V, da Constituição Federal.

**Responsável:** **Audifax Charles Pimentel Barcelos**, Prefeito Municipal da Serra (exercícios 2013/2020);

**Conduta:** Nomear servidores em cargos de provimento em comissão para exercerem a função de fiscal e de gestor de contratos administrativos, atribuições de caráter burocrático, técnico ou operacional, não caracterizadas como atividades de direção, chefia ou assessoramento.

**Nexo causal:** Ao nomear servidores ocupantes de cargos de provimento em comissão para exercerem funções de fiscal e de gestor de contratos administrativos, o responsável comete infração à norma constitucional, violando o disposto no art. 37, inciso V, da CF/88.

**Responsáveis:**

**Alexandre Camilo Fernandes Viana** - Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos da Serra (exercícios 2017/2018);

**Anckimar Pratissolli** - Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos da Serra (exercícios 2019/2020);

**Maria Eufrasia Silva Ramos Falcão** - Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos da Serra - interina (exercício 2019);

**Vitor Soares Silveiras** - Procurador-geral do Município da Serra (exercício 2017);

**Joubert Jantorno Filho** - Secretário Municipal de Assistência Social da Serra (exercícios 2019/2020);

**Elcimara Rangel Loureiro Alício** - Secretária Municipal de Assistência Social da Serra (exercícios 2019/2020);

**Gelson Silva Junquilha** - Secretário Municipal de Educação da Serra (exercícios 2019/2020);

**Áurea Almeida da Silva Galvão** - Secretária Municipal de Meio Ambiente da Serra (exercícios 2019/2020);

**Zacarias Carraretto** - Secretário Municipal de Obras da Serra (exercícios 2019/2020);

**Igor Elson Bromonschenkel de Almeida** - Secretário Municipal de Serviços da Serra (exercícios 2019/2020);

**Edmo Pires Martins** - Secretário Municipal de Serviços da Serra (exercício 2020);

**João Carlos Meneses** - Secretário Municipal de Obras da Serra (exercícios 2016/2018);

**Aline Stein Cordeiro** - Secretária Municipal de Obras da Serra - interina (exercício 2018);

**Conduta:** Designar servidores ocupantes de cargos de provimento em comissão para exercerem funções de fiscal e de gestor de contratos administrativos, desempenhando atribuições de caráter burocrático, técnico ou operacional, não caracterizadas como atividades de direção, chefia ou assessoramento.

**Nexo causal:** Ao designar servidores ocupantes de cargos de provimento em comissão para exercerem funções de fiscal e de gestor de contratos administrativos, os responsáveis cometem infração à norma legal e constitucional, violando o disposto no art. 37, inciso V, da CF/88.

### **3.3 CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES POR TEMPO DETERMINADO SEM EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO**

**Base legal:** Art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal e princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e da isonomia.

**Responsável:** **Audifax Charles Pimentel Barcelos** – Prefeito Municipal da Serra (exercício 2018).

**Conduta:** Autorizar a abertura de processo seletivo, homologar o certame e contratar servidores por prazo determinado para desempenho de atribuições de caráter permanente e sem excepcional interesse público.

**Nexo causal:** Ao autorizar a abertura de processo seletivo, homologar o certame e contratar servidores por prazo determinado para desempenho de atribuições de caráter permanente e sem excepcional interesse público, o responsável comete grave infração à norma constitucional, violando o disposto no art. 37, incisos II e IX, da CF/88, bem como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, isonomia.

**Responsável:**

**Alexandre Camilo Fernandes Viana** - Secretário Municipal de Administração e Recursos Humanos da Serra (exercício 2018);

**Conduta:** Iniciar processo seletivo, apresentar justificativa para contratação e contratar servidores por prazo determinado para desempenho de atribuições de caráter permanente e sem excepcional interesse público.

**Nexo causal:** Ao iniciar processo seletivo e contratar servidores por prazo determinado para desempenho de atribuições de caráter permanente e sem excepcional interesse público, o responsável comete grave infração à norma constitucional, violando o disposto no art. 37, incisos II e IX, da CF/88, bem como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, isonomia.

**Responsáveis:**

**Mírian Guidine Soprani** - Secretária Municipal de Desenvolvimento Urbano da Serra (exercício 2018);

**João Carlos Meneses** - Secretário Municipal de Obras da Serra (exercício 2018);

**Conduta:** Apresentar justificativa e solicitar a contratação de engenheiros e arquitetos, por prazo determinado, para desempenho de atribuições de caráter permanente e sem excepcional interesse público.

**Nexo causal:** Ao apresentarem justificativas e solicitarem a contratação de engenheiros e arquitetos, por prazo determinado, para desempenho de atribuições de caráter permanente e sem excepcional interesse público, os responsáveis cometem grave infração à norma constitucional, violando o disposto no art. 37, incisos II e IX, da CF/88, bem como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, isonomia.

### **3.4 PROVER CARGOS EM COMISSÃO CRIADOS POR LEI SEM A DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES E REQUISITOS PARA INVESTIDURA**

**Base legal:** Art. 37, *caput*, e incisos II e V, da Constituição Federal e art. 32, *caput*, e incisos II e V, da Constituição Estadual.

**Responsável:** **Audifax Charles Pimentel Barcelos** - Prefeito Municipal da Serra.

**Conduta:** Na qualidade de Chefe do Executivo, portanto, dotado do poder/dever de iniciar projeto de Lei para correção/adequação da legislação de estrutura de pessoal aos ditames constitucionais, mesmo alertado pelo representante do Ministério Público Estadual, ainda assim optar por nomear, empossar e manter servidores em cargos de provimento em comissão, criados por lei sem descrição das atribuições e requisitos para investidura.

**Nexo causal:** Ao prover cargos em comissão para desempenho de funções não caracterizadas como de direção, chefia ou assessoramento, o responsável comete grave infração à norma constitucional, violando o disposto no art. 37, incisos II e V, da CF/88, bem como os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.

No que se refere às irregularidades **3.1 (Prover cargos em comissão criados por lei sem descrição das atribuições e requisitos para desempenho de funções burocráticas, técnicas ou operacionais, não caracterizadas como atividades de**

**direção, chefia ou assessoramento) e **3.3 (Contratação de servidores por tempo determinado sem excepcional interesse público)** da Instrução Técnica Inicial 161/2021, mantidas pelo v. Acórdão atacado, segundo o Ministério Público de Contas, deveria ser aplicada multa pecuniária aos responsáveis Audifax Charles Pimentel Barcelos, Alexandre Camilo Fernandes Viana, Mírian Guidine Soprani e João Carlos Meneses.**

Os agentes Alexandre Camilo Fernandes Viana, João Carlos Meneses e Mirian Guidine Soprani, em sede de contrarrazões, apresentaram defesa conjunta (Defesa/Justificativa 00727/2022-1, evento 17), a qual, se observa, é idêntica às contrarrazões do agente Audifax Charles Pimentel Barcelos (Defesa/Justificativa 00726/2022-6, evento 16), alegando, em síntese, não ter havido má-fé, dolo ou erro grosseiro, além de que as suas condutas e decisões haviam sido tomadas com base legislação municipal; que o interesse público é evidente no caso das contratações contestadas.

Assim sendo, como exposto no Acórdão TC 20/2022, é importante dizer que as irregularidades existem, porém, não restou caracterizado a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, nos termos do art. 28 da LINDB, vejamos:

[...]

**IV.3.1.1 - DO JULGAMENTO: ANÁLISE DE CONDUTA DO RESPONSÁVEL (conforme preceitua o art. 28 da LINDB) – ITEM 3.1 DA ITC**

*“Constata-se dos autos, em que pese a ocorrência da irregularidade, razoabilidade nas questões postas pelo então gestor do município de Serra, ora responsável. Ademais, considerando que não se vislumbra, em relação a criação de cargos comissionados, ainda que sem a correta atribuição de suas funções, a presença de má-fé por parte do responsável, ou de qualquer outro servidor municipal, visto que não há comprovação de que tenham agido com objetivo de lesar Administração Pública ou onerar a máquina administrativa sem a devida contraprestação, pois não há notícias nos autos de que os servidores nomeados nos cargos comissionados não tenham prestado os serviços de forma devida.*

*Assim como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório são assegurados aos responsáveis no curso do processo, é imprescindível que o gestor demonstre que sua conduta não fora consciente e volitiva em atuar em descompasso com a lei, para que seja não seja considerada um erro grave ou grosseiro.*

*Nesse passo, em divergência com o entendimento técnico e ministerial, mantenho a irregularidade, deixando de apenar o gestor, uma vez que não restou caracterizado a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, nos termos do art. 28 da LINDB.”*

[...]

**IV.3.3.1 - DO JULGAMENTO: ANÁLISE DE CONDUTA DO RESPONSÁVEL (conforme preceitua o art. 28 da LINDB) – ITEM 3.3 da ITC**

[...]

*Considerando as justificativas apresentadas, verifica-se razoabilidade nas justificativas apresentadas pelos responsáveis, para a contratação temporária de engenheiros e arquitetos, por meio de processo seletivo simplificado: o Programa Avançar Cidades - Ações de Saneamento e o Programa de Infraestrutura de Transporte e da Mobilidade Urbana – PRÓ-TRANSPORTE; autorização concedida ao Poder Executivo para contratar operação de crédito junto à Caixa Econômica Federal, no valor de até R\$ 130.000.000,00 (cento e trinta milhões de reais), por meio da linha de crédito do Financiamento para Infraestrutura e Saneamento – Finisa, e a necessidade de elaboração do Plano de Mobilidade Urbana da Serra, em razão da Lei Federal nº 12.587/2012.*

*Desta forma, denota-se, em que pese a ocorrência da irregularidade, razoabilidade nas questões postas pelos responsáveis. Ademais, considerando que não se vislumbra, em relação a contratação dos referidos profissionais por meio do processo seletivo simplificado, a presença de má-fé por parte dos responsáveis, visto que não há comprovação de que tenham agido com objetivo de lesar Administração Pública ou onerar a máquina administrativa sem a devida contraprestação, pois não há notícias nos autos de que os servidores nomeados nos cargos não tenham prestado os serviços de forma devida.*

*Nesse passo, em divergência com o entendimento técnico e ministerial, mantenho a irregularidade, deixando de apenar os responsáveis, uma vez que não restou caracterizado a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, nos termos do art. 28 da LINDB.*

Não obstante, a questão da responsabilidade dos agentes públicos diante da exigência tem nuances que não podem ser ignoradas na busca da correta responsabilização. Uma dessas nuances é, sem dúvidas, a Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – LINDB, que, diante da Lei Federal n. 13.655/2018, passou a contar com dispositivos específicos relacionados ao âmbito do Direito Público, dentre tais dispositivos, tem-se o seu artigo 28, que passamos a transcrever abaixo:

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

A consequência advinda do dispositivo legal acima transcrito é que, doravante, para que o agente público seja responsabilizado pessoalmente, seja por duas decisões, seja pelas opiniões técnica que emitir, é condição necessária a existência ou de dolo, ou de erro grosseiro.

Não deve causar nenhuma surpresa, chegando a ser até mesmo um truísmo, a afirmação de que para a responsabilização, seja ela cível, penal, ou administrativa, é requisito indispensável a análise da conduta dos agentes públicos.

Nesse sentido, tendo em vista que não restou caracterizado a ocorrência de dolo ou erro grosseiro nas irregularidades descritas **nos Itens 3.1 e 3.3 da ITI 161/2021**, entendo que deve ser mantido o Acórdão TC 20/2022- Plenário quanto a não aplicação de multa aos responsáveis, motivo pela qual divirjo do entendimento técnico e ministerial.

Quanto ao Item **3.2 (Servidores ocupantes de cargos de provimento em comissão designados para exercerem a função de fiscal e de gestor de contratos administrativos)**, para o Ministério Público de Contas seria necessário a “expedição de determinação, em face da infração descrita no item 3.2 da ITI 00161/2021-3, ao Executivo Municipal para que a designação de fiscal dos contratos seja feita por ato formal e recaia sempre em servidor efetivo da Administração Pública, indicando de forma clara e objetiva o seu nome, cargo e matrícula, bem como descrevendo suas atribuições genéricas (art. 67, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/93) e específicas, se houver, tal qual adotado no Acórdão TC-1121/2017-Plenário, (Processo TC-4279/2012 - relator Conselheiro Domingos Augusto Taufner), publicado em 19/02/2018”.

O município de Serra, em suas contrarrazões, alegou que “a lei não exigiu em qualquer momento que o vínculo do fiscal do contrato administrativo fosse de natureza efetiva. De outro giro, a Lei 14.133/2021 entendeu por bem tratar os requisitos dos agentes públicos que acompanham e fiscalizam os contratos”, mas que sejam “preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública”.

Da análise dos autos, assim entendeu a área técnica quanto a este item:

Entendemos, no caso, caber razão às justificativas, na forma de contrarrazões, apresentadas pelo município, que demonstrou não haver comando legal para que o fiscal de contrato seja servidor efetivo.

Em nosso entendimento, como não há proibição expressa tanto na Lei 8.666/93 quanto na Lei 14.133/2021, é possível designar um servidor comissionado para a função de fiscal de contrato, observados os impedimentos e proibições previstos em normas locais e o princípio da segregação de funções.



Essa interpretação aos ditames do artigo 67 da Lei 8.666/93 também é compartilhada pelo TCU, que assim já se manifestou sobre o tema:

**Acórdão 690/2005 TCU - Plenário**

Mantenha representante, pertencente a seus quadros próprios de pessoal, especialmente designado para acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos que celebrar, permitida a contratação de agentes terceirizados apenas para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição, a teor do art. 67 da Lei 8.666/93.

Esta Corte tem adotado a mesma linha em suas decisões:

**Acórdão TC- 521/2019 – Segunda Câmara**

(...)

Pois bem. Inicialmente, importante a transcrição do artigo 67 da Lei Geral de Licitações, que prevê a necessidade de que a execução dos contratos administrativos seja acompanhada por fiscal designado pelo órgão público contratante.

(...)

Diante da literalidade do dispositivo mencionado, já se percebe que não há, por força de lei, obrigatoriedade de que o fiscal de contrato seja servidor efetivo.

Assim como no caput do referido artigo, também a IN/SLTI/MPOG 05/20171, que dispõe sobre regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, também não faz quanto à exigência de estabilidade como requisito para indicação do fiscal do contrato.

A denominação utilizada pela Instrução referiu-se apenas que o exercício deste encargo deve ser conduzido por um representante da administração, sem que houvesse qualquer menção quanto à estabilidade ou não deste servidor.

Continuando na análise à Lei 8.666/93, percebe-se que nas funções que deveriam ser ocupadas por servidores efetivos dos quadros dos órgãos públicos, a lei o fez expressamente, a exemplo do artigo 51:

Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação. (Grifo nosso)

Existem também estudos publicados na web acerca do tema, prevalecendo o entendimento de que não há necessidade de que o servidor seja efetivo para cumprir a função de fiscal de contrato, relatando a possibilidade de contratação de temporários:

REPRESENTANTE DA ADMINISTRAÇÃO – Interpretando os diplomas legais existentes, em especial, o artigo 37 da Constituição Federal, o inciso III do artigo 58 c/c o artigo 67, ambos da Lei n° 8.666/93, e, ainda, a Instrução Normativa da SLTI n° 02/2008, que dispõe de regras para a contratação de serviços continuados ou não, infere-se que o “representante da administração” deverá ter vínculo com a Administração Pública devendo, portanto, ser servidor estável, comissionado ou empregado público. É possível, também, de acordo com o entendimento do Ministério do Planejamento, a designação de servidores temporários (contratados pela Lei n° 8745/93)

Assim, se se admite que o representante da administração responsável pelo acompanhamento e fiscalização do contrato administrativo pode ser ocupante de cargo comissionado, empregado público ou servidor temporário, que não gozam de estabilidade, não há motivos para exigir esta qualidade do servidor ocupante de cargo efetivo.

(...)

O entendimento jurisprudencial gira no mesmo sentido, qual seja: de que não há necessidade de estabilidade para que o servidor seja designado para fiscalização de contratos.

Designa, em atenção à disposição legal contida no art. 67 da Lei nº 8.666/1993, representantes da administração para acompanhar e fiscalizar a execução dos serviços e mantenha essa designação atualizada.

Aperfeiçoe os mecanismos existentes tornando-os transparentes, seguros e rastreáveis de modo a permitir verificar quantidade e qualidade dos serviços prestados e somente pague os serviços prestados na totalidade, mediante evidência documental da realização dos serviços contratados, de acordo com a qualidade prevista no edital da licitação e após o efetivo controle dos fiscais do contrato, conforme disposto nos arts. 66 e 67 da Lei nº 8.666/1993.

(...)

[Brasília. Tribunal de Contas da União. TCU. Processo TC 024.267/2008-1. Acórdão nº 265/2010 – Plenário].

Diante do exposto, possível afirmar que o representante da administração, responsável pelo acompanhamento e fiscalização do contrato administrativo pode ser ocupante de cargo comissionado, empregado público ou servidor temporário, que não gozam de estabilidade, não há causas para exigir esta qualidade do servidor ocupante de cargo efetivo, motivo pelo qual discordo do opinamento técnico e ministerial e **afasto** a irregularidade.

#### **Acórdão TC- 1875/2018 –Plenário**

Ao disciplinar a execução contratual, os artigos 73 e seguintes da Lei 8.666/93 dispõe que o objeto será recebido pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, não exigindo seja por servidor efetivo:

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Ao disciplinar a execução contratual, os artigos 67, 73 e seguintes da Lei 8.666/93 dispõe que a execução deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração e que o objeto será recebido pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, não exigindo seja por servidor efetivo ou estável:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes

...

Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

I - em se tratando de obras e serviços:

(...)

II - em se tratando de compras ou de locação de equipamentos:

(...)

Art. 74. Poderá ser dispensado o recebimento provisório nos seguintes casos:

Ocorre que, ao longo da extensa e prolixa peça inicial, o representante insiste no caráter transitório e não estável do servidor comissionado, com o fim de associar esta condição à ausência de isenção necessária para exercer sua atividade com seriedade e segurança (f. 7).

Porém, como delineado a partir da literalidade da legislação de regência, a Lei de Licitações e Contratos, de âmbito nacional e, por isso, de competência privativa da União, resulta que não existe empecilho a que servidor comissionado, temporário, empregado público ou efetivo sem estabilidade, exerçam a fiscalização contratual.

Interpretando o dispositivo do art. 67 supracitado, a doutrina mais consentânea com a realidade do serviço público entende, mutatis mutandis, que essa exigência se revela descabida, senão vejamos os seguintes argumentos:

Assim, cotejando a Lei n. 8666/93 com a Lei n. 8112/90, pode-se considerar que quando a condição de estabilidade para o exercício de determinados encargos/atribuições por servidor público é exigida esta vem exposta de maneira expressa, como ocorre nos arts. 133, 149 e o revogado art. 91.

...

Por conseguinte, podemos concluir no sentido de que esta condição de estabilidade do servidor não pode ser exigida se não estiver expressa na lei, na medida em que diversos dispositivos demonstram que a legislação sempre, ao exigir este requisito, o fez de maneira expressa.

...

Portanto, sob o ponto de vista da interpretação literal e sistemática das normas, o entendimento de que o art. 67 da Lei n. 8666/93 exige a designação de servidor estável para fiscalização dos contratos é equivocado. Não há uma exigência expressa na lei de licitações acerca desta condição do servidor para ser designado fiscal do contrato.

...

Assim, se se admite que o representante da administração responsável pelo acompanhamento e fiscalização do contrato administrativo pode ser ocupante de cargo comissionado, empregado público ou servidor temporário, que não gozam de estabilidade, não há motivos para exigir esta qualidade do servidor ocupante de cargo efetivo. (ARBACH, Mauricio Neves. Da desnecessidade de o representante da Administração nomeado por força do art. 67 da Lei 8666/93 ser servidor estável. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 jan. 2015. (...)

Consequentemente, sem amparo legal o pleito formulado pelo representante, no sentido de que apenas efetivos possam realizar a função de gestão e fiscalização contratual retro.

E, porque o representante é engenheiro civil, não cabe perquirir acerca das atribuições dos arquitetos efetivos.

Cumprido anotar que, a celeuma deriva da supressão da gratificação correspondente à fiscalização contratual, que, como o nome já diz, decorre

do efetivo exercício da função ou encargo pelo servidor público, efetivo ou comissionado.

(...)

Vencida essa questão, importante destacar que a escolha do fiscal deve recair em pessoa que detenha conhecimento técnico suficiente do objeto, pena de culpa *in eligendo* (<http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/viewFile/91/89>):

A escolha do fiscal deve recair sobre pessoa que tenha um conhecimento técnico suficiente do objeto que está sendo fiscalizado, pois falhas na fiscalização podem vir a alcançar o agente público que o nomeou, por culpa *in eligendo*.

Acertadamente, já decidiu o Tribunal de Contas da União que essa escolha, no caso de obras e serviços dessa natureza, não precisa recair em servidor com formação em engenharia, sendo mesmo dispensável a formação específica em engenharia, o que põe por terra toda argumentação ventilada na inicial:

Ainda quando a qualificação do servidor a ser nomeado fiscal de contratos, pondera-se a necessidade de formação em engenharia para o caso de fiscalização de obras e serviço dessa natureza. Segundo entendimento do Tribunal de Contas da União, a fiscalização de contrato se dá por força de dispositivo da Lei de Licitações, sendo dispensável a formação específica em engenharia.

Relatório [...] A função de fiscal de contratos, mediante o acompanhamento da execução do objeto (no caso, obras), também não configura exercício ilegal da profissão de engenheiro. Trata-se de incumbência prevista no artigo 67 da Lei 8.666/1993, que não requer habilitação específica, sob pena de se inviabilizar o cotidiano da Administração Pública. Voto [...] designação do servidor para integrar a equipe de fiscalização da execução do contrato, apesar de sua ausência de formação em engenharia, nada teve de irregular, já que constituiu mero desempenho da incumbência prevista no art. 67 da Lei 8.666/1993. [Acórdão 2512 – TCU – Plenário] (Op. Cit.)

Sendo assim, deve ser julgada improcedente no mérito a representação por falta de amparo legal, uma vez que a fiscalização de contratos não consta expressa do rol de atribuições do cargo de engenheiro civil, conforme Estatuto dos Servidores Públicos Municipais de Serra, não consta expressa igual exigência no art. 67 da Lei de Licitações e Contratos, sendo dispensável a formação específica em engenharia para o caso de obras e serviços dessa natureza, consoante jurisprudência acima.

Entende-se, portanto que a designação do fiscal deve recair sobre um profissional que tenha vínculo com o Estado – servidor, estável ou comissionado; ou empregado público – um servidor público, investido em um cargo público.

Superada a matéria atinente à designação de servidor em designação temporária para a função de fiscal de contrato, resta ressaltar que a proposta do MPC no presente Pedido de Reexame traz mais do que a determinação de que o fiscal de contrato seja “sempre (...) servidor efetivo”:

(b) expedição de determinação, em face da infração descrita no item 3.2 da ITI 00161/2021-3, ao Executivo Municipal para que a designação de fiscal dos contratos seja feita por ato formal **e recaia sempre em servidor efetivo da Administração Pública**, indicando de forma clara e objetiva o seu nome, cargo e matrícula, bem como descrevendo suas atribuições genéricas (art. 67, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/93) e específicas, se houver, tal qual adotado no Acórdão TC-1121/2017-Plenário, (processo TC-4279/2012).

Como se observa, há a necessidade, segundo o MPC, de que a indicação do fiscal de contrato seja feita “por ato formal (...) indicando de forma clara e objetiva o seu nome, cargo e matrícula, bem como descrevendo suas atribuições genéricas (art. 67, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/93) e específicas” e, neste caso, não houve manifestação ou justificativas quanto por parte dos agentes notificados e município nas suas contrarrazões.

Corroboramos com a posição do *Parquet* neste caso, e entendemos por acolher parcialmente o presente Pedido de Reexame, na forma indicada, **excluindo a sentença “e recaia sempre em servidor efetivo da administração pública”**.

Posto isto, quanto a expedição da determinação, considerando o posicionamento desta Corte de Contas quando do Acórdão TC 1121/2017 (Processo TC 4279/2012), acompanho o entendimento da área técnica e do *Parquet* de Contas no sentido de expedir determinação, em face da infração descrita no item 3.2 da ITI 00161/2021-3, ao Executivo Municipal para que a designação de fiscal dos contratos seja feita por ato formal, indicando de forma clara e objetiva o seu nome, cargo e matrícula, bem como descrevendo suas atribuições genéricas (art. 67, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/93) e específicas, se houver.

### **3. DOS DISPOSITIVOS:**

Ante o exposto, acompanhando parcialmente o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que os eminentes Conselheiros aprovem a seguinte minuta de Acórdão que submeto à consideração.

## **LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA**

Conselheiro Relator

### **1. ACÓRDÃO TC-918/2022:**

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

**1.1. CONHECER** do presente Pedido de Reexame, interposto pelo Ministério Público Especial de Contas, em face do **Acórdão TC nº 000020/2022- Plenário**, prolatado

no **Processo TC 01633/2020-4**, relativo a Representação, em apenso, ratificando os termos da Decisão Monocrática nº 00323/2022, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade;

**1.2. DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao presente recurso, para que seja acrescentado ao Acórdão TC-00020/2022-1 – Plenário, expedição de determinação, em face da infração descrita no item 3.2 da ITI 00161/2021-3, ao Executivo Municipal, no sentido de que a designação de fiscal dos contratos seja feita por ato formal, indicando de forma clara e objetiva o seu nome, cargo e matrícula, bem como descrevendo suas atribuições genéricas (art. 67, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/93) e específicas, se houver, **MANTENDO-SE incólume os demais termos** do v. Acórdão, conforme razões expendidas no item 2.2 do voto;

**1.3. DAR CIÊNCIA** aos interessados;

**1.4. ARQUIVAR** os autos após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 28/07/2022 – 37ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

**4.2.** Conselheiro substituto: Marco Antonio da Silva (em substituição).

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

**Presidente**

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

**Relator**

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA

**Em substituição**

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

**Em substituição ao procurador-geral**

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

**Secretário-geral das Sessões**