



Acórdão 01345/2022-1 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 08010/2021-8

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UGs: CMBSF - Câmara Municipal de Barra de São Francisco, PMBSF - Prefeitura Municipal de Barra de São Francisco

Relator: Domingos Augusto Taufner

Interessado: ADEMAR ANTONIO VIEIRA, ELVECIO ANDRADE

Representante: Ministério Público de Contas

Responsável: ENIVALDO EUZEBIO DOS ANJOS

**DIREITO FINANCEIRO – FINANÇAS PÚBLICAS –
DESPESA PÚBLICA – PESSOAL – CARGOS COM
REMUNERAÇÃO E ESCOLARIDADE DIFERENTES
COM MESMAS ATRIBUIÇÕES –
INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR
N. 173/2020 – AUMENTO DE DESPESA EM
PERÍODO VEDADO – ILEGALIDADE**

A Lei que cria cargos com níveis de escolaridade e remuneração diferentes, estabelecendo atribuições idênticas viola a mesma atribuição, fere o art. 37, incisos II e V, da Constituição da República, conforme o entendimento consolidado pelo STF no Tema 1010.

A edição de norma municipal que inobserva a Lei complementar n. 173/2020, de aplicação nacional, incorre em vício de ilegalidade;

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:**1. RELATÓRIO**

Trata o presente processo de Representação (doc. 02) com pedido cautelar, em face da Prefeitura Municipal de Barra de São Francisco e da Câmara Municipal de Barra de São Francisco, apresentada pelo Ministério Público de Contas, noticiando possíveis irregularidades quanto à Lei nº. 1017, de 22 de fevereiro de 2021, que criou na estrutura comissionada a Superintendência Geral Administrativa e de Controle, com a finalidade de assessoramento ao Chefe do Poder Executivo Municipal.

Por meio da Decisão Monocrática 1085/2021-8 (doc. 12) conhecendo a presente representação, assim como, determinou a remessa do processo para SEGEX para análise e manifestação.

Assim, o Núcleo de Controle Externo de Fiscalização de Pessoal e Previdência – NPPREV, por meio da Manifestação Técnica – MT 327/2022-1 (doc. 14) se manifestou opinando pela notificação do Ademar Antônio Vieira, Presidente da Câmara Municipal de Barra de São Francisco, bem como do Sr. Enivaldo Euzébio dos Anjos, Prefeito do Município de Barra de São Francisco.

Acompanhando o entendimento técnico, foi proferida a Decisão Monocrática 58/2022-7 (doc. 16), determinando as notificações solicitadas na MT 327/2022-1.

Os responsáveis foram notificados, por meio dos Termos de Notificação 144/2022-8 e 145/2022-2 (doc. 19 e 20) e apresentaram suas justificativas por meio da Resposta de Comunicação 157/2022-5 (doc. 25), documentos explícitos nas Peças Complementares (docs. 26 a 29), e Resposta de Comunicação 194/2022-6 (doc. 30), documento exposto na Peça Complementar (doc. 31).

Ante as justificativas apresentadas os autos retornaram ao NPPREV que se manifestou por meio da Instrução Técnica Inicial – ITI 60/2022-4 (doc. 34) opinando por:

5.1 Expedição, de ofício, da medida cautelar a fim de que sejam sustados os atos praticados com potencial risco de lesão ao erário;

5.2 Instauração do incidente de inconstitucionalidade previsto no art. 176 da Lei Complementar Estadual nº 621, de 8 de março de 2012 (Lei Orgânica do TCEES), em face do **art. 2º da Lei Municipal nº 1.017/2021**, do Município de Barra de São Francisco, pelos fundamentos de fato e de direito tratados no item 2 da presente Instrução Técnica Inicial (ITI).

5.3 Em consequência, a **notificação** do Sr. Enivaldo Euzebio dos Anjos, Prefeito do Município de Barra de São Francisco, e ainda, o Sr. Elvecio Andrade, Procurador-Geral do Município, para querendo, apresentarem manifestação em face do pronunciamento sobre a inconstitucionalidade apontada.

5.4 Citação do Sr. Enivaldo Euzebio dos Anjos, Prefeito Municipal de Barra de São Francisco, em face da irregularidade narrada no itens 3.1 da presente ITI, nos termos do artigo 56, II, da Lei Complementar Estadual 621/2012 e do artigo 157, III, do RITCEES, para que, no prazo de trinta dias, apresentem razões de justificativa.

Assim, por meio da Decisão 1634/2022-1 – Plenário (doc. 38), a presente representação foi conhecida, bem como, foi instaurado o incidente de inconstitucionalidade em face do artigo 2º da Lei nº. 1.017/2021 e determinada a notificação dos responsáveis.

Ademais, por meio da Decisão 1794/2022 – 2ª Câmara (doc. 40), foi expedida medida cautelar para suspender os efeitos da lei n. 1.017/2021, determinado o prosseguimento do feito no rito ordinário e determinada a oitiva e a citação do Sr. Enivaldo Euzebio dos Anjos, Prefeito Municipal de Barra de São Francisco, em face da irregularidade narrada no itens 3.1 da ITI (doc. 34).

Por fim, o NPPREV, em ITC n. 3095/2022 (doc. 54), a qual foi acolhida em parecer do Ministério Público de Contas, da lavra do procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira (doc. 58), nestes termos:

4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Pelo exposto, submeto a presente proposta de encaminhamento à consideração do conselheiro relator:

4.1 PRELIMINARMENTE:

4.1.1 ACOLHER o incidente de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Municipal n. 1.017/2021, 22 de fevereiro de 2021, proposto no item 2 desta Instrução Técnica Conclusiva e, respeitando o princípio da colegialidade (art. 97 da CRF/88), no exercício de sua competência legal e constitucional, que este Tribunal afaste a aplicação da citada Lei Municipal no caso concreto, em razão de sua comprovada inconstitucionalidade, se abstendo de fazê-lo com eficácia erga omnes e efeito vinculante (art. 176 da Lei Orgânica deste Tribunal);

4.2. NO MÉRITO:

4.2.1 Com base no inciso II, do artigo 95 c/c artigo 99, § 2º, da Lei Complementar Estadual n. 621/2012, sugere-se a **PROCEDÊNCIA** da presente Representação, tendo em vista o reconhecimento da seguinte irregularidade apontadas nesta peça e na Instrução Técnica Inicial n. 0060/2022-4, com a consequente aplicação de sanção ao responsável:

3.1 PAGAR VENCIMENTOS A SERVIDORES PÚBLICOS EM PERÍODO VEDADO PELA LC 173/2020

Base Legal: art. 8º, incisos II, III e IV, da Lei Complementar n. 173/2020;

Responsável: Enivaldo Euzébio dos Anjos, Prefeito do município de Barra de São Francisco;

É o relatório. Passo a fundamentação.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Trata o presente processo de Representação (doc. 02) com pedido cautelar, em face da Prefeitura Municipal de Barra de São Francisco e da Câmara Municipal de Barra de São Francisco, apresentada pelo Ministério Público de Contas, noticiando possíveis irregularidades quanto à Lei nº. 1017, de 22 de fevereiro de 2021, que criou na estrutura comissionada a Superintendência Geral Administrativa e de Controle, com a finalidade de assessoramento ao Chefe do Poder Executivo Municipal.

Em síntese, restaram dois pontos a serem analisados no voto, sendo o primeiro inerente ao incidente de inconstitucionalidade da lei n. 1017/2021, de 22 de fevereiro de 2021 e o segundo sobre a irregularidade propriamente dita:

- a) Incidente de inconstitucionalidade: art. 2º da lei n. 1.017/2021, de 22 de fevereiro de 2021, proposto no item 2 desta Instrução Técnica Conclusiva;
- b) Pagamento de vencimentos a servidores em período vedado pela lei complementar n. 173/2020, em infringência ao art. 8º, inc. II, III e IV, desta lei.

A ITC n. 3095/2022 (doc. 54) destaca que a lei n. 1.017/2021, além de alterar e revogar artigos da lei 1.000/2020, em seu artigo 2º, criou três cargos comissionados durante a vigência da lei complementar n. 173/2020, apontando que foi informado o impacto financeiro e orçamentário anual com a criação dos três cargos no montante de R\$137.412,66.

O defendente alega, em resumo, que a lei em comento não proporcionou aumento nominal da despesa com pessoal, permanecendo respeitado os limites propostos pela lei de responsabilidade fiscal.

A ITC conclui que a lei 1017/2021 proporcionou, com a criação dos cargos e sua consequente admissão e pagamento de servidores, aumento de despesa vedado no período compreendido pela lei complementar n. 173/2020 (de 22/02/2021), ou seja, de 28/05/2020 a 31/12/2020. Ademais, rebate a argumentação de que a lei municipal não gera aumento de despesa com pessoal, haja vista que a lei complementar n. 173/2020 veda o aumento nominal, enquanto que a lei de responsabilidade fiscal cuida do limite de gastos com pessoal. Para melhor compreensão, segue a análise disposta na ITC n. 3095/2022 (doc. 54):

DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE

2 DA PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL -
ART. 2º DA LEI MUNICIPAL N. 1.017, DE 22 DE FEVEREIRO DE 2021

Base legal: art. 163, inciso I, da Constituição Federal, cumulado com o art. 147 da Constituição Estadual; art. 37, incisos II e V da Constituição Federal e incisos II, III e IV, do art. 8º, da Lei Complementar n. 173/2020;

Responsável: Enivaldo Euzébio dos Anjos, Prefeito do município de Barra de São Francisco;

[...]

DA ANÁLISE

Importa salientar que foi indicada na peça acusatória a inconstitucionalidade da norma municipal contida no art. 2º da Lei n. n. 1.017, de 22 de fevereiro de 2021, isto porque, consoante reiteradas decisões do STF, os arts. 7º e 8º da Lei Complementar n. 173/2020 versam sobre normas de finanças públicas e têm por objetivo permitir que os entes federados empreguem esforços orçamentários para o enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19) e impedir o aumento de despesas ao fim do mandato do gestor, mostrando-se compatíveis com a Constituição Federal.

O art. 163, inciso I, da Constituição Federal, e o art. 147 da Constituição Estadual, respectivamente, assim dispõem acerca das normas gerais sobre finanças públicas:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

(...)

CAPÍTULO II

DAS FINANÇAS PÚBLICAS

SEÇÃO I

NORMAS GERAIS

Art. 163. Lei complementar disporá sobre:

I - finanças públicas;

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

(...)

CAPÍTULO II

DAS FINANÇAS PÚBLICAS

Seção I

Normas Gerais

Art. 147. No Estado, as finanças públicas respeitarão a legislação complementar federal e as leis que vierem a ser adotadas.

Portanto, as Leis de Responsabilidade Fiscal e a Lei Complementar n. 173, de 2020, nada mais são senão expressão do mandamento Constitucional e, por tal razão, possuem autoridade sobre os atos praticados no âmbito estadual e municipal.

Assim, ao violar dispositivos dessas leis, por serem, normas gerais sobre finanças públicas, a lei municipal impugnada está incompatível com o art. 163, inciso I, da Constituição Federal, cumulado com o art. 147 da Constituição Estadual.

Como sabido, a Lei Complementar Estadual n. 621, de 8 de março de 2012 (Lei Orgânica do TCEES) dispõe sobre a competência dessa Corte para exercer o controle difuso da constitucionalidade de normas ou atos do Poder Público, conforme a seguir:

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

[...]

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

[...]

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

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

Art. 177. A decisão, contida no acórdão que deliberar sobre o incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, solucionará a questão prejudicial, constituindo prejudgado a ser aplicado a todos os casos submetidos ao Tribunal de Contas. (GNN)
O Regimento Interno do Tribunal (RITCEES) dispõe sobre a matéria conforme a seguir:

Art. 9º Ao Plenário, órgão máximo de deliberação, dirigido pelo Presidente do Tribunal e composto por sete Conselheiros, compete:

[...]

IX - apreciar incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público;

[...]

Art. 332. O Tribunal, no exercício das suas atribuições, poderá pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade de leis e de atos do Poder Público.

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

(...)

§ 2º Na fase de instrução, as unidades técnicas poderão propor a arguição de incidente de inconstitucionalidade.

(...)

Art. 334. Verificada a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, na apreciação ou julgamento de qualquer feito, assegurado o contraditório, o Plenário, em pronunciamento preliminar, poderá negar aplicação da lei ou do ato, total ou parcialmente.

Acrescenta-se, que o Tema 1010 do STF consolidou a controvérsia relativa aos requisitos constitucionais (art. 37, incs. II e V, da Constituição da República) para a criação de cargos em comissão:

I - A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;

II - Tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;

III - O número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar;

IV - As atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.

Todavia, o art. 2º da Lei n. 1.017/21 criou um cargo de Superintendente Geral Administrativo, com formação em nível superior e vencimentos mensais de R\$6.200,00, um Superintendente Adjunto, com formação em nível superior ou médio e vencimentos mensais de R\$3.000,00 e ainda, um Chefe de Gabinete da Superintendência, formação de nível médio ou superior e vencimentos mensais de R\$1.700,00, no que concerne às atribuições, dispôs:

§ 2º Os membros da Superintendência de que trata esta Lei, terão as atribuições de atuarem no planejamento, coordenação, supervisão, controle e prestação de contas ao Chefe do Poder Executivo e órgãos de controle interno e externo.

Verifica-se que no caso concreto o município criou três cargos supostamente diferentes, com nível de escolaridade e remuneração diferentes, mas designou a todos **a mesma atribuição**, o que fere o art. 37, incisos II e V, da Constituição da República, conforme o entendimento consolidado pelo STF no Tema 1010.

Ademais, como o próprio gestor afirma, o desvio de função alegado tem por fundamento a necessidade premente do serviço público justificado pela pandemia mundial e pela urgência na solução de situações que visem dar agilidade a prestação de serviços aos menos favorecidos que sentem, pesadamente, a grave crise econômica causada pela mesma.

Ocorre que, diferente do afirmado pelo gestor, restou claro o desvio de função alegado, uma vez que a Superintendência, órgão criado pela Lei municipal em análise, foi criado para os fins que não se justificam em um surto epidêmico, assim como não se sustenta a necessidade de três cargos a serem exercidos neste órgão, a partir da designação de um dos servidores para outro setor, na secretaria de agricultura, para o qual não foi contratado, e nestas condições, as justificativas do gestor se apresentam contraditórias e incoerentes.

Além disto, foi afirmado pela defesa que o servidor que foi nomeado como Superintendente realmente respondeu interinamente pela titularidade da Secretaria Municipal da Fazenda - ambos cargos políticos, e mesmo que não tivesse recebido qualquer vantagem pecuniária - de qualquer espécie, pelo exercício interino, como alegado pelo gestor em sua defesa, fato incontroverso é que a prestação de serviço no cargo de Superintendente não se apresenta de necessidade imperiosa, caindo por terra os argumentos quanto à necessidade premente de sua criação, justamente em um período de surto epidêmico.

Nestas circunstâncias, não caracterizada a necessidade de criação de três cargos comissionados em plena situação emergencial, decorrente do surto epidêmico da COVID-19.

Há de se salientar também que as medidas excepcionais de proibição adotadas pela LC 173/2020, foram medidas necessárias a resguardar a saúde das finanças públicas dos entes, numa situação emergencial que assolou as finanças de todo o país, e mesmo que tais situações tenham vindo a transparecer como ferindo a autonomia municipal, com cerceamento das ações discricionárias dos gestores locais, como quis fazer entender o defendente, tal lei federal tem escopo na precaução e no resguardo das finanças das entidades públicas em âmbito nacional, somente em determinado período da pandemia, o que retira qualquer toque de afronta à autonomia dos entes.

Portanto, apesar dos cargos criados serem de livre nomeação e exoneração, e serem voltados para o exercício de função de direção, chefia

ou assessoramento, não passíveis de prévio concurso público para seu preenchimento, foram criados através da Lei Municipal em questão, em afronta à LC 173/2020, bem como aos preceitos constitucionais acima transcritos, **o que remonta na hipótese presente o acolhimento do incidente de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Municipal n. 1.017/2021, 22 de fevereiro de 2021, proposto na peça acusatória.**

Haja vista que o incidente de inconstitucionalidade deve ser analisado em sede de plenário, conforme art. 9º, inc. IX do RITCEES, passaremos a análise somente quanto a este ponto, manifestando-nos, posteriormente quanto ao mérito da representação.

A área técnica defende, acompanhada pelo Ministério Público de Contas, que o art. 2º da lei n. 1017/2021 ao criar cargos de Superintendente Geral Administrativo, Superintendente Adjunto e Chefe de Gabinete da Superintendência, afronta diretamente o art. 8º, incs. II, III e IV da lei complementar n. 173/2020, gerando aumento de despesa vedado no período compreendido pela lei complementar n. 173/2020 (de 22/02/2021), ou seja, de 28/05/2020 a 31/12/2020.

Prossegue, informando que ao violar dispositivos da lei complementar n. 173/2020, o art. 2º da lei municipal está incompatível com o art. 163, inciso I, da Constituição Federal c/c art. 147 da Constituição Estadual, sendo necessária a arguição de incidente de inconstitucionalidade para negar exequibilidade ao art. 2º da Lei Municipal n. 1.017/2021, 22 de fevereiro de 2021, afastando-se a aplicação da desta lei no caso concreto em razão de sua comprovada inconstitucionalidade.

Em que pese ter sido suscitado o incidente de inconstitucionalidade pela equipe técnica, quanto à criação de cargos e consequente aumento de despesas em período vedado pela Lei Complementar nº 173/2020, não se encontra nessa tese, uma vez que a afronta não é diretamente à Constituição Federal e sim à referida Lei Nacional. Desta forma, a lei municipal ao criar cargos e aumentar despesas em período vedado na lei federal incorre em vício de ilegalidade, não de inconstitucionalidade.

Isto porque a criação de cargo se insere na esfera da competência municipal para legislar sobre direito local, neste aspecto não há violação à Constituição da República ou norma de finanças públicas, a irregularidade neste caso é o aumento

de despesa em período vedado pela Lei Complementar 173/2020, o que evidencia violação legal e não constitucional.

Nesse diapasão, entendo que o art. 2º da lei n. 1017/2021 é eivado de ilegalidade, por inobservância ao art. 8º, incs. II, III e IV da lei complementar n. 173/2020, não sendo caso de afronta direta à Constituição Federal.

Nessa mesma linha, me manifestei nos autos TC n. 4378/2021, cujo Acórdão TC n. 973/2022 (doc. 86) foi acolhido em plenário declarando que lei municipal, nesses casos, promove afronta legal, não constitucional, motivo pelo qual não acolho o incidente de inconstitucionalidade proposto pela área técnica neste ponto, sendo reconhecida a ilegalidade da norma municipal quanto ao aumento de despesa em período vedado pela Lei Complementar 173/2020, de aplicação nacional.

Porém, no tocante à outra violação constitucional sustentada pela equipe técnica de que a citada lei municipal criou três cargos supostamente diferentes, com nível de escolaridade e remuneração diferentes, mas designou a todos a mesma atribuição, o que fere o art. 37, incisos II e V, da Constituição da República, conforme o entendimento consolidado pelo STF no Tema 1010, de fato, há violação constitucional, o que deve reconhecido e rechaçado por esta Corte de Contas.

Finalmente, quanto à irregularidade decorrente da aplicação da Lei Municipal n. 1017/2021^{3.1} vencimentos a servidores públicos em período vedado pela LC 173/2020, será submetida oportunamente à 2ª Câmara desta Corte de Contas, colegiado competente para apreciação.

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

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

1.1. ACOLHER o incidente de inconstitucionalidade para negar exequibilidade ao art. 2º da Lei 1017 de 22 de fevereiro de 2021, relativamente à redação dada ao art 3º. parágrafo segundo da Lei Municipal 1000 de 21 de dezembro de 2020, que

estabeleceu atribuições idênticas a cargos com nível de escolaridade e remunerações diferentes;

1.2. RECONHECER que a Lei Municipal n. 1.017/2021, 22 de fevereiro de 2021 **padece de vício de ilegalidade** por afrontar o art. 8º, incisos II e VII, da Lei Complementar n. 173, de 27 de maio de 2020, nos termos do artigo 339 do RITCEES;

1.3. DAR CIÊNCIA aos interessados;

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

VOTO VISTA

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

INTRODUÇÃO

Trata-se de Representação com pedido cautelar, em face da Prefeitura Municipal de Barra de São Francisco e da Câmara Municipal de Barra de São Francisco, apresentada pelo Ministério Público de Contas, noticiando possíveis irregularidades quanto à Lei nº. 1017, de 22 de fevereiro de 2021, que criou na estrutura comissionada a Superintendência Geral Administrativa e de Controle, com a finalidade de assessoramento ao Chefe do Poder Executivo Municipal.

Na 50ª Sessão Ordinária do Plenário, ocorrida em 06/10/2022, o eminente Relator apresentou seu r. Voto, com o seguinte dispositivo:

1. ACOLHER o incidente de inconstitucionalidade para negar exequibilidade ao art. 2º da Lei 1017 de 22 de fevereiro de 2021, relativamente à redação dada ao art 3º. parágrafo segundo da Lei Municipal 1000 de 21 de dezembro de 2020,

que estabeleceu atribuições idênticas a cargos com nível de escolaridade e remunerações diferentes;

2. Reconhecer que a Lei Municipal n. 1.017/2021, 22 de fevereiro de 2021 padece de vício de ilegalidade por afrontar o art. 8º, incisos II e VII, da Lei Complementar n. 173, de 27 de maio de 2020, nos termos do artigo 339 do RITCEES;

3. DAR CIÊNCIA aos interessados;

Na mesma sessão solicitei vista dos autos para melhor conhecer das questões debatidas e passo a apresentar o presente

VOTO VISTA

3. FUNDAMENTAÇÃO

Em seu r. Voto, o eminente Relator apresentou a presente fundamentação:

Trata o presente processo de Representação (doc. 02) com pedido cautelar, em face da Prefeitura Municipal de Barra de São Francisco e da Câmara Municipal de Barra de São Francisco, apresentada pelo Ministério Público de Contas, noticiando possíveis irregularidades quanto à Lei nº. 1017, de 22 de fevereiro de 2021, que criou na estrutura comissionada a Superintendência Geral Administrativa e de Controle, com a finalidade de assessoramento ao Chefe do Poder Executivo Municipal.

Em síntese, restaram dois pontos a serem analisados no voto, sendo o primeiro inerente ao incidente de inconstitucionalidade da lei n. 1017/2021, de 22 de fevereiro de 2021 e o segundo sobre a irregularidade propriamente dita:

- c) Incidente de inconstitucionalidade: art. 2º da lei n. 1.017/2021, de 22 de fevereiro de 2021, proposto no item 2 desta Instrução Técnica Conclusiva;*
- d) Pagamento de vencimentos a servidores em período vedado pela lei complementar n. 173/2020, em infringência ao art. 8º, inc. II, III e IV, desta lei.*

A ITC n. 3095/2022 (doc. 54) destaca que a lei n. 1.017/2021, além de alterar e revogar artigos da lei 1.000/2020, em seu artigo 2º, criou três cargos comissionados durante a vigência da lei complementar n. 173/2020, apontando que foi informado o impacto financeiro e orçamentário anual com a criação dos três cargos no montante de R\$137.412,66.

O defendente alega, em resumo, que a lei em comento não proporcionou aumento nominal da despesa com pessoal, permanecendo respeitado os limites propostos pela lei de responsabilidade fiscal.

A ITC conclui que a lei 1017/2021 proporcionou, com a criação dos cargos e sua conseqüente admissão e pagamento de servidores, aumento de despesa vedado no período compreendido pela lei complementar n. 173/2020 (de 22/02/2021), ou seja, de 28/05/2020 a 31/12/2020. Ademais, rebate a argumentação de que a lei municipal não gera aumento de despesa com pessoal, haja vista que a lei complementar n. 173/2020 veda o aumento nominal, enquanto que a lei de responsabilidade fiscal cuida do limite de gastos com pessoal. Para melhor compreensão, segue a análise disposta na ITC n. 3095/2022 (doc. 54):

DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE

2 DA PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL - ART. 2º DA LEI MUNICIPAL N. 1.017, DE 22 DE FEVEREIRO DE 2021

Base legal: art. 163, inciso I, da Constituição Federal, cumulado com o art. 147 da Constituição Estadual; art. 37, incisos II e V da Constituição Federal e incisos II, III e IV, do art. 8º, da Lei Complementar n. 173/2020;

Responsável: Enivaldo Euzébio dos Anjos, Prefeito do município de Barra de São Francisco;

[...]

DA ANÁLISE

Importa salientar que foi indicada na peça acusatória a inconstitucionalidade da norma municipal contida no art. 2º da Lei n. n. 1.017, de 22 de fevereiro de 2021, isto porque, consoante reiteradas decisões do STF, os arts. 7º e 8º da Lei Complementar n. 173/2020 versam sobre normas de finanças públicas e têm por objetivo permitir que os entes federados empreguem esforços orçamentários para o enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19) e impedir o aumento de despesas ao fim do mandato do gestor, mostrando-se compatíveis com a Constituição Federal.

O art. 163, inciso I, da Constituição Federal, e o art. 147 da Constituição Estadual, respectivamente, assim dispõem acerca das normas gerais sobre finanças públicas:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

(...)

CAPÍTULO II

DAS FINANÇAS PÚBLICAS

SEÇÃO I

NORMAS GERAIS

Art. 163. Lei complementar disporá sobre:

I - finanças públicas;

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

(...)

CAPÍTULO II

DAS FINANÇAS PÚBLICAS

Seção I

Normas Gerais

Art. 147. No Estado, as finanças públicas respeitarão a legislação complementar federal e as leis que vierem a ser adotadas.

Portanto, as Leis de Responsabilidade Fiscal e a Lei Complementar n. 173, de 2020, nada mais são senão expressão do mandamento Constitucional e, por tal razão, possuem autoridade sobre os atos praticados no âmbito estadual e municipal.

Assim, ao violar dispositivos dessas leis, por serem, normas gerais sobre finanças públicas, a lei municipal impugnada está incompatível com o art. 163, inciso I, da Constituição Federal, cumulado com o art. 147 da Constituição Estadual.

Como sabido, a Lei Complementar Estadual n. 621, de 8 de março de 2012 (Lei Orgânica do TCEES) dispõe sobre a competência dessa Corte para exercer o controle difuso da constitucionalidade de normas ou atos do Poder Público, conforme a seguir:

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

[...]

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

[...]

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

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

Art. 177. A decisão, contida no acórdão que deliberar sobre o incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, solucionará a questão prejudicial, constituindo prejudgado a ser aplicado a todos os casos submetidos ao Tribunal de Contas. (GNN)
O Regimento Interno do Tribunal (RITCEES) dispõe sobre a matéria conforme a seguir:

Art. 9º Ao Plenário, órgão máximo de deliberação, dirigido pelo Presidente do Tribunal e composto por sete Conselheiros, compete:

[...]

IX - apreciar incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público;

[...]

Art. 332. O Tribunal, no exercício das suas atribuições, poderá pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade de leis e de atos do Poder Público.

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

(...)

§ 2º Na fase de instrução, as unidades técnicas poderão propor a arguição de incidente de inconstitucionalidade.

(...)

Art. 334. Verificada a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, na apreciação ou julgamento de qualquer feito, assegurado o contraditório, o Plenário, em pronunciamento preliminar, poderá negar aplicação da lei ou do ato, total ou parcialmente.

Acrescenta-se, que o Tema 1010 do STF consolidou a controvérsia relativa aos requisitos constitucionais (art. 37, incs. II e V, da Constituição da República) para a criação de cargos em comissão:

I - A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;

II - Tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;

III - O número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar;

IV - As atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.

Todavia, o art. 2º da Lei n. 1.017/21 criou um cargo de Superintendente Geral Administrativo, com formação em nível superior e vencimentos mensais de R\$6.200,00, um Superintendente Adjunto, com formação em nível superior ou médio e vencimentos mensais de R\$3.000,00 e ainda, um Chefe de Gabinete da Superintendência, formação de nível médio ou superior e vencimentos mensais de R\$1.700,00, no que concerne às atribuições, dispôs:

§ 2º Os membros da Superintendência de que trata esta Lei, terão as atribuições de atuarem no planejamento, coordenação, supervisão, controle e prestação de contas ao Chefe do Poder Executivo e órgãos de controle interno e externo.

Verifica-se que no caso concreto o município criou três cargos supostamente diferentes, com nível de escolaridade e remuneração diferentes, mas designou a todos **a mesma atribuição**, o que fere o art. 37, incisos II e V, da Constituição da República, conforme o entendimento consolidado pelo STF no Tema 1010.

Ademais, como o próprio gestor afirma, o desvio de função alegado tem por fundamento a necessidade premente do serviço público justificado pela pandemia mundial e pela urgência na solução de situações que visem dar agilidade a prestação de serviços aos menos favorecidos que sentem, pesadamente, a grave crise econômica causada pela mesma.

Ocorre que, diferente do afirmado pelo gestor, restou claro o desvio de função alegado, uma vez que a Superintendência, órgão criado pela Lei municipal em análise, foi criado para os fins que não se justificam em um surto epidêmico, assim como não se sustenta a necessidade de três cargos a serem exercidos neste órgão, a partir da designação de um dos servidores para outro setor, na secretaria de agricultura, para o qual não foi contratado, e nestas condições, as justificativas do gestor se apresentam contraditórias e incoerentes.

Além disto, foi afirmado pela defesa que o servidor que foi nomeado como Superintendente realmente respondeu interinamente pela titularidade da Secretaria Municipal da Fazenda - ambos cargos políticos, e mesmo que não tivesse recebido qualquer vantagem pecuniária - de qualquer espécie, pelo exercício interino, como alegado pelo gestor em sua defesa, fato incontroverso é que a prestação de serviço no cargo de Superintendente não se apresenta de necessidade imperiosa, caindo por terra os argumentos quanto à necessidade premente de sua criação, justamente em um período de surto epidêmico.

Nestas circunstâncias, não caracterizada a necessidade de criação de três cargos comissionados em plena situação emergencial, decorrente do surto epidêmico da COVID-19.

Há de se salientar também que as medidas excepcionais de proibição adotadas pela LC 173/2020, foram medidas necessárias a resguardar a saúde das finanças públicas dos entes, numa situação emergencial que assolou as finanças de todo o país, e mesmo que tais situações tenham vindo a transparecer como ferindo a autonomia municipal, com cerceamento das ações discricionárias dos gestores locais, como quis fazer entender o defendente, tal lei federal tem escopo na precaução e no resguardo das finanças das entidades públicas em âmbito nacional, somente em determinado período da pandemia, o que retira qualquer toque de afronta à autonomia dos entes.

Portanto, apesar dos cargos criados serem de livre nomeação e exoneração, e serem voltados para o exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, não passíveis de prévio concurso público para seu preenchimento, foram criados através da Lei Municipal em questão, em afronta à LC 173/2020, bem como aos preceitos constitucionais acima transcritos, **o que remonta na hipótese presente o acolhimento do incidente de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Municipal n. 1.017/2021, 22 de fevereiro de 2021, proposto na peça acusatória.**

Haja vista que o incidente de inconstitucionalidade deve ser analisado em sede de plenário, conforme art. 9º, inc. IX do RITCEES, passaremos a análise somente quanto a este ponto, manifestando-nos, posteriormente quanto ao mérito da representação.

A área técnica defende, acompanhada pelo Ministério Público de Contas, que o art. 2º da lei n. 1017/2021 ao criar cargos de Superintendente Geral Administrativo, Superintendente Adjunto e Chefe de Gabinete da Superintendência, afronta diretamente o art. 8º, incs. II, III e IV da lei complementar n. 173/2020, gerando aumento de despesa vedado no período compreendido pela lei complementar n. 173/2020 (de 22/02/2021), ou seja, de 28/05/2020 a 31/12/2020.

Prossegue, informando que ao violar dispositivos da lei complementar n. 173/2020, o art. 2º da lei municipal está incompatível com o art. 163, inciso I, da Constituição Federal c/c art. 147 da Constituição Estadual, sendo necessária a arguição de incidente de inconstitucionalidade para negar exequibilidade ao art. 2º da Lei Municipal n. 1.017/2021, 22 de fevereiro de 2021,

afastando-se a aplicação da desta lei no caso concreto em razão de sua comprovada inconstitucionalidade.

Em que pese ter sido suscitado o incidente de inconstitucionalidade pela equipe técnica, quanto à criação de cargos e consequente aumento de despesas em período vedado pela Lei Complementar nº 173/2020, não se encontra nessa tese, uma vez que a afronta não é diretamente à Constituição Federal e sim à referida Lei Nacional. Desta forma, a lei municipal ao criar cargos e aumentar despesas em período vedado na lei federal incorre em vício de ilegalidade, não de inconstitucionalidade.

Isto porque a criação de cargo se insere na esfera da competência municipal para legislar sobre direito local, neste aspecto não há violação à Constituição da República ou norma de finanças públicas, a irregularidade neste caso é o aumento de despesa em período vedado pela Lei Complementar 173/2020, o que evidencia violação legal e não constitucional.

Nesse diapasão, entendo que o art. 2º da lei n. 1017/2021 é eivado de ilegalidade, por inobservância ao art. 8º, incs. II, III e IV da lei complementar n. 173/2020, não sendo caso de afronta direta à Constituição Federal.

Nessa mesma linha, me manifestei nos autos TC n. 4378/2021, cujo Acórdão TC n. 973/2022 (doc. 86) foi acolhido em plenário declarando que lei municipal, nesses casos, promove afronta legal, não constitucional, motivo pelo qual não acolho o incidente de inconstitucionalidade proposto pela área técnica neste ponto, sendo reconhecida a ilegalidade da norma municipal quanto ao aumento de despesa em período vedado pela Lei Complementar 173/2020, de aplicação nacional.

Porém, no tocante à outra violação constitucional sustentada pela equipe técnica de que a citada lei municipal criou três cargos supostamente diferentes, com nível de escolaridade e remuneração

diferentes, mas designou a todos a mesma atribuição, o que fere o art. 37, incisos II e V, da Constituição da República, conforme o entendimento consolidado pelo STF no Tema 1010, de fato, há violação constitucional, o que deve reconhecido e rechaçado por esta Corte de Contas.

Finalmente, quanto à irregularidade decorrente da aplicação da Lei Municipal n. 1017/20213.1 vencimentos a servidores públicos em período vedado pela LC 173/2020, será submetida oportunamente à 2ª Câmara desta Corte de Contas, colegiado competente para apreciação.

Pois bem.

Desde já ressalto que minha discordância quanto a tal conclusão não se dá quanto à inconstitucionalidade da norma, mas sim em relação a aspectos formais, conforme passo a fundamentar.

O Supremo Tribunal Federal, no bojo do Mandado de Segurança n. 35.410/DF, evidenciou a impossibilidade de os Tribunais de Contas, ao analisarem a inconstitucionalidade de determinada norma, ocasionarem a extrapolação dos seus efeitos para outros casos. Assim restou expresso em sua ementa:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM EFEITOS ERGA OMNES E VINCULANTES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DECISÃO DE AFASTAMENTO GENÉRICO E DEFINITIVO DA EFICÁCIA DE DISPOSITIVOS LEGAIS SOBRE PAGAMENTO DE “BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE NA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA” A INATIVOS E PENSIONISTAS, INSTITUÍDO PELA LEI 13.464/2017. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PROCEDENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Tribunal de Contas da União, órgão sem função jurisdicional, não pode declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos erga omnes e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal. 2. Decisão do TCU que acarretou o total afastamento da eficácia dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017, no âmbito da Administração Pública Federal. 3. Impossibilidade de o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas trazer consigo a transcendência dos efeitos, de maneira a afastar incidentalmente a

aplicação de uma lei federal, não só para o caso concreto, mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os erga omnes e vinculantes. 4. CONCESSÃO DA ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO para afastar a determinação contida no item 9.2 do Acórdão 2.000/2017 do Tribunal de Contas da União, proferido no Processo TC 0216.009/2017-1, e determinar que as aposentadorias e pensões dos servidores substituídos sejam analisadas em conformidade com os dispositivos legais vigentes nos §§ 2º e 3º do art. 7º da Lei nº 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004.

(MS 35410, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-086 DIVULG 05-05-2021 PUBLIC 06-05-2021)

Dessa forma, autoriza-se o controle difuso de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas. Não obstante, faz-se necessária uma interpretação conforme dos artigos 177 da LC n. 621/2012 e art. 335, caput, do Regimento Interno, de forma a evitar a transcendência dos efeitos do *decisum*, no sentido de esclarecer que a negativa de aplicabilidade à norma deve-se dar apenas no caso concreto, sem extrapolação de efeitos. Como conclusão lógica, entendo que a instauração de incidente de inconstitucionalidade torna-se despicienda. Mas, caso já instaurada, essa não deve, em respeito à decisão do STF, ser decidida. Apenas o material colhido na oitiva das autoridades competentes deve servir como acervo processual para o deslinde da questão principal. Assim, não há que se falar em negar exequibilidade a norma.

Ainda, é preciso observar que, considerando que a questão constitucional não é julgada por Tribunal de Contas, consonante o entendimento do STF expresso no Mandado de Segurança n. 35.410/DF, como medida de cautela, e em deferência à cláusula de reserva de plenário, é mais adequado que os presentes autos sejam in totum apreciados pelo Plenário desta Corte de Contas, no momento oportuno. Destarte, diante do entendimento do STF, penso que a melhor medida a ser adotada para processos em relação aos quais se questiona fundamentadamente a constitucionalidade de norma, seja a sua afetação integral ao Plenário.

Ante todo o exposto, divergindo do entendimento da Área Técnica, do Ministério Público de Contas, e do eminente Relator, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, DECIDEM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Colegiada, ante as razões expostas:

1. DEVOLVER OS AUTOS ao gabinete do Relator, para prosseguimento do feito.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA
Conselheiro

1. ACÓRDÃO TC-1345/2022-1

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

1.1. ACOLHER o incidente de inconstitucionalidade para negar exequibilidade ao art. 2º. da Lei 1017 de 22 de fevereiro de 2021, relativamente à redação dada ao art 3º. parágrafo segundo da Lei Municipal 1000 de 21 de dezembro de 2020, que estabeleceu atribuições idênticas a cargos com nível de escolaridade e remunerações diferentes;

1.2. RECONHECER que a Lei Municipal n. 1.017/2021, 22 de fevereiro de 2021 **padece de vício de ilegalidade** por afrontar o art. 8º, incisos II e VII, da Lei Complementar n. 173, de 27 de maio de 2020, nos termos do artigo 339 do RITCEES;

1.3. DAR CIÊNCIA aos interessados;

2. Por maioria, nos termos do voto do relator, conselheiro Domingos Augusto Taufner. Vencido o conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, que votou pela não exequibilidade da norma e pela apreciação *in totum* da matéria contida nos autos pelo Plenário, devolvendo os autos ao relator, e o conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges que o acompanhou.

3. Data da Sessão: 03/11/2022 – 56ª 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 Aboudib Ferreira Pinto, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANÁSTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões