



Acórdão 01348/2022-3 - Plenário

Processos: 02779/2020-1, 03117/2017-5

Classificação: Pedido de Reexame

UG: PMP - Prefeitura Municipal de Pinheiros

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Interessado: ARNOBIO PINHEIRO SILVA, VALDEMAR ANDRADE SOUZA, ERIC CERQUEIRA SILVESTRE, ADRIEL DE SOUZA SILVA, IVERLAN MOREIRA BARBOSA

Recorrente: Membros do Ministério Público de Contas (HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA)

**PEDIDO DE REEXAME – CONHECER – ACOLHER
PRELIMINAR DE NULIDADE ABSOLUTA DO
ACÓRDÃO TC 01668/2019-9 – PRIMEIRA CÂMARA -
DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

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 Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, em face do **Acórdão TC nº 01668/2019-9 – Primeira Câmara**, prolatado nos autos do Processo TC nº 03117/2017-5, em apenso, relativo a Fiscalização / Denúncia, realizada na Prefeitura Municipal de Pinheiros de Receitas Públicas, referente ao Plano de Fiscalização 2016.

O Recorrente, em síntese, almeja que seja provido o presente recurso, requerendo o seguinte, *litteris*:

4.1. Seja CONHECIDO e PROVIDO o presente PEDIDO DE REEXAME;

4.1. **A NULIDADE do Acórdão 1668/2019–PRIMEIRA CÂMARA, com fundamento no art. 93, IX, da CF/88 e art. 489, § 1º, IV, da CPC/15.**

4.2. Subsidiariamente, caso o pedido anterior não seja acatado, PUGNASE pela REFORMA do Acórdão 1668/2019 – PRIMEIRA CÂMARA, para que seja expedida Determinação e não de Recomendação ao chefe do Poder Executivo do Município de Pinheiros para que adote as providências necessárias à realização do concurso público para provimento dos cargos de Procurador do Município tão logo o percentual das despesas com pessoal se encontre abaixo do patamar previsto no art. 59, § 1º, inciso II, da Lei de Responsabilidade Fiscal (90% do limite), nível considerado adequado para correção da irregularidade, considerando que a expedição de simples Recomendação, cujo adimplemento por parte do gestor público condiciona-se a um juízo de conveniência e oportunidade, mostra-se incompatível com a necessidade de se corrigir a violação constitucional detectada por este próprio TCE-ES.

4.3. Na forma do art. 156, da LC nº. 621/2012 seja o Responsável notificado para, desejando, apresentar contrarrazões ao presente Recurso. – g.n.

Registre-se, que por meio da **Decisão Monocrática 00459/2020-6** (evento 05), conheci o presente Pedido de Reexame, por estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade, bem como determinei a notificação do senhor **Arnóbio Pinheiro da Silva** (Prefeito do Município de Pinheiros), para que no prazo de 30 (trinta) dias, apresentasse contrarrazões ao presente recurso.

Assim foi emitido o Termo de Notificação nº 00549/2020-5 (evento 06), sendo o referido gestor notificado em 07/07/2020 (eventos 07-08), porém, não apresentou contrarrazões, tendo o prazo concedido vencido em 20/08/2020, conforme o teor do Despacho nº 28.308/2020-7 (evento 09).

Instada a se manifestar, a Área Técnica, através do Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consulta, nos termos da **Instrução Técnica de Recurso 00125/2021-7** (evento 13), sugeriu o acolhimento das razões recursais quanto a preliminar de nulidade do v. Acórdão atacado, bem como por ausência de fundamentação e

enfrentamento de questões essenciais, sendo acompanhada pelo *Parquet* de Contas, conforme Parecer nº 02208/2021-1 (evento 17).

Na sequência, por meio do Voto nº 03559/2021-2 (evento 19), posicionei pelo retorno dos autos à Área Técnica para complementar a instrução, sendo acompanhado pelo Colegiado do Plenário, nos termos da Decisão TC nº 02318/2021-6 (evento 20).

Assim, a Área Técnica, através do Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consulta, nos termos da **Instrução Técnica de Recurso 00275/2021-8** (evento 27), opinou, em síntese: **pelo** acolhimento das razões recursais quanto a preliminar de nulidade do v. Acórdão atacado, por ausência de apreciação do Incidente de Inconstitucionalidade, desrespeitando-se o Princípio da Reserva de Plenário, previsto pelo artigo 335, do Regimento Interno desta Corte de Contas, Resolução TC nº 261/2013, o qual exige o julgamento por maioria absoluta do Plenário deste Tribunal; **pela** nulidade do v. Acórdão atacadoé nulo, por ausência de fundamentação e enfrentamento de questões prejudiciais essenciais para o deslinde da controvérsia (matérias constitucionais), que embora aduzidas nos autos, não foram analisadas pelo Órgão julgador, conforme prevê os artigos 93, IX, da Constituição Federal, e 489, Parágrafo 1º, inciso IV, do Código de Processo Civil; **pela** reforma do v. Acórdão atacado, caso superadas as questões referentes à nulidade do Acórdão recorrido, expedindo-se determinação e não recomendação ao chefe do Poder Executivo para que adote as providências necessárias à realização de concurso público para provimento dos cargos de Procurador do Município, tão logo o percentual das despesas com pessoal se encontre abaixo do patamar previsto no artigo 59, parágrafo 1º, inciso II, da Lei de Responsabilidade Fiscal (90% do limite), nível considerado adequado para a correção da irregularidade, considerando que a expedição de mera recomendação, cujo o adimplemento por parte do gestor público condiciona-se a um juízo de conveniência e oportunidade, mostra-se incompatível com a necessidade de corrigir a violação constitucional prevista no artigo 37, inciso II, detectada por esta Corte de Contas.

O Ministério Público de Contas, nos termos do **Parecer nº 04398/2021-9** (evento 31), da lavra do Procurador Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, anuiu aos argumentos fáticos e jurídicos delineados na Instrução Técnica de Recurso

00275/2021-8.

Sobreveio a **Decisão TC nº 03449/2021-6 - Plenário** (evento 34), consubstanciada pelo Voto do Relator 05262/2021-1 (evento 33), de forma unânime, deliberou pela ratificação do conhecimento do presente Pedido de Reexame, nos termos da Decisão Monocrática nº 00459/2020-6, bem como pelo sobrestamento dos autos até a manifestação deste Egrégio Tribunal de Contas, acerca de sua competência para julgar constitucionalidade ou não dos atos normativos, em razão do teor do Mandado de Segurança nº 35.410/DF, pacificando assim a matéria.

Na sequência, a Secretaria Geral das Sessões – SGS, conforme Certidão 04325/2022-8 (evento 39), certifica que “ocorreu a preclusão recursal em 14/03/2022, conforme Certidão 03371/2022-6; formando-se o Prejulgado 70, disponibilizado no Diário Oficial Eletrônico do TCEES nº 2147, do dia 14/07/2022, considerando-se publicado no dia 15/07/2022, conforme Certidão de Informação 02823/2022-9, ambas constantes daqueles autos”, encerrando o sobrestamento do presente processo.

É o relatório. Passo a fundamentar.

VOTO

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

2.1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Inconformado, o Recorrente interpôs o presente recurso de **Pedido de Reexame**, em face do **Acórdão TC nº 01668/2019-9 – Primeira Câmara**, prolatado nos autos do Processo TC nº 03117/2017-5, em apenso, relativo a Fiscalização / Denúncia.

Naqueles autos, o Colegiado da Primeira Câmara deste Egrégio Tribunal de Contas, nos termos do v. Acórdão atacado, assim deliberou, *litteris*:

[...]

1. ACÓRDÃO

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

1.1. HOMOLOGAR os pontos correspondentes aos achados de auditoria nºs **2.1 a 2.18 do Plano de Ação elaborado pelo Executivo Municipal de Pinheiros;**

1.2. RECOMENDAR à Administração que, respeitando o critério de conveniência e oportunidade do Executivo Municipal, que assim que os limites de despesa com pessoal estiverem em patamares seguros, proceda na estruturação do quadro de servidores efetivos, remunerados, de forma adequada à realidade local, os cargos de Procurador Municipal e os cargos para exercício atividades de fiscalização, descritos nos subitens 2.6 e 2.8 da Manifestação Técnica 1385/2018, **assegurando que futuros concursos para a carreira de Fiscal de Rendas exijam nível de escolaridade superior;**

1.3. RECOMENDAR que o gestor adote absoluta prudência na geração de despesas com pessoal, consideradas de natureza permanente e perenes, e entendida como o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

1.4. DETERMINAR ao Controle Interno do Município que proceda ao monitoramento do cumprimento do presente Plano de Ação, encaminhando, a este Tribunal de Contas o resultado do referido monitoramento, conforme previsto no artigo 42, inciso IV c/c artigo 43, inciso VI, da Lei complementar 621, de 08 de março de 2012.

2. Unânime. Nos termos do voto do relator.

3. Data da Sessão: 04/12/2019 – 42ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sebastião Carlos Ranna de Macedo (presidente/relator), Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

(...)

Em suas razões recursais, o Recorrente, em síntese pleiteia o provimento do recurso, requerendo o seguinte, *litteris*:

[...]

Nessa esteira, revela-se flagrantemente inconstitucional a previsão de cargo comissionado de procurador municipal.

Cumpre esclarecer que a Lei Municipal nº 1.108/2012 criou dois cargos efetivos de Procurador do Município e um cargo comissionado de Procurador-Geral do Município, sendo que o **Relatório de Auditoria 43/2017-4** verificou que a maior deficiência do Município de Pinheiros, e a apresentar nota de maior risco à administração municipal, justamente, consistiria na área afeta à **Cobrança Judicial**.

Imperioso ressaltar, ainda, que o permissivo jurisprudencial elencado no **Voto Vista 00170/2019** quanto à possibilidade de contratação de advogado terceirizado não se traduz pertinente à matéria discutida nos presentes autos que trata exclusivamente a respeito do não provimento da carreira efetiva de Procurador Município, já criada por lei municipal.

Ademais, somente em duas hipóteses revela-se permitida a contratação de advogado terceirizado pela administração pública, quais sejam, **a)** quando não instituído órgão próprio de representação judicial pela municipalidade; ou; **b)** mesmo havendo procuradoria municipal, sua estrutura se apresente insuficiente frente ao elevado número de ações judiciais de responsabilidade do ente municipal ou, ainda, para casos de excepcional complexidade jurídica, a requerer conhecimento técnico específico ou grande experiência profissional.

Conforme se vê, nenhuma das hipóteses anteriormente elencadas foram verificadas no município de Pinheiros, estando perfeitamente delineadas a colossal diferença existente entre as competências a serem exercidas pelos ocupantes de cargos de provimento efetivo de Procurador Municipal e as atividades e função a serem desempenhadas em decorrência da contratação de serviços de advocacia terceirizados.

Assim, em respeito às normas emanadas do **art. 37, inciso II, da Constituição Federal**, bem como da **Lei Municipal nº 1.108/2012**, norma que instituiu a Procuradoria do Município de Pinheiros e criou cargos de

provimento efetivo de Procurador Municipal, revela-se descabível a exclusão de Determinação ou Recomendação, além de inoportável mera expedição de Recomendação.

4 DOS PEDIDOS

Ante o exposto, o **Ministério Público de Contas** requer:

4.1 Seja **CONHECIDO** e **PROVIDO** o presente **PEDIDO DE REEXAME**;

4.1 A **NULIDADE** do Acórdão 1668/2019 – PRIMEIRA CÂMARA, com fundamento no art. 93, IX, da CF/88 e art. 489, §1º, IV, da CPC/15.

4.2 Subsidiariamente, caso o pedido anterior não seja acatado, **PUGNA-SE** pela **REFORMA** do Acórdão 1668/2019 – PRIMEIRA CÂMARA, para que seja expedida **Determinação** – e não de Recomendação – ao chefe do Poder Executivo do Município de Pinheiros para que **adote as providências necessárias à realização do concurso público para provimento dos cargos de Procurador do Município tão logo o percentual das despesas com pessoal se encontre abaixo do patamar previsto no art. 59, § 1º, inciso II, da Lei de Responsabilidade Fiscal (90% do limite)**, nível considerado adequado para correção da irregularidade, considerando que a expedição de simples Recomendação, cujo adimplemento por parte do gestor público condiciona-se a um juízo de conveniência e oportunidade, mostra-se incompatível com a necessidade de se corrigir a violação constitucional detectada por este próprio TCE-ES.

4.3 Na forma do art. 156, da LC nº. 621/2012¹ seja o Responsável notificado para, desejando, apresentar contrarrazões ao presente Recurso.

(...)

Isto posto, passo a discorrer sobre os pressupostos de admissibilidade do recurso.

¹ **Art. 156.** Nos recursos interpostos pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas é assegurado o contraditório, mediante a concessão de oportunidade para oferecimento de contrarrazões recursais, quando se tratar de recurso tendente a agravar a situação do responsável ou do interessado.

2.2. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE:

Denota-se que o presente Recurso já fora conhecido, através da Decisão Monocrática nº 00459/2020-6, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, ratificada pela **Decisão TC nº 03449/2021-6 - Plenário**, consubstanciada pelo Voto do Relator 05262/2021-1, de forma unânime.

Isto posto, vale lembrar, que nos recursos interpostos pelo Ministério Público de Contas é assegurado o contraditório, concedendo oportunidade a parte Recorrida de oferecer contrarrazões recursais, na forma do artigo 156, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, sendo tal fase processual apreciada no item a seguir.

2.3. DAS CONTRARRAZÕES:

Em homenagem aos princípios do contraditório, ampla defesa e ao devido processo legal, nos termos da Decisão Monocrática nº 00459/2020-6 foi facultado ao senhor Arnóbio Pinheiro da Silva (Prefeito do Município de Pinheiros), à apresentação de suas contrarrazões ao presente recurso.

Assim, através do Termo de Notificação nº 00549/2020-5, o referido gestor foi notificado em 07/07/2020 (eventos 07-08), porém, não apresentou contrarrazões, conforme o teor do Despacho nº 28.308/2020-7 (evento 09).

Ultrapassada esta fase, passo à análise da preliminar de nulidade suscitada pelo *Parquet* de Contas.

2.4. DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO 1668/2019 ANTE A AUSÊNCIA DE ENFRENTAMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 122-A DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO E DO ART. 2º E ANEXO II DA LEI 953/2009 DO MUNICÍPIO DE PINHEIROS:

A interposição do presente recurso se funda na suposta violação literal de lei, estabelecido no art. 176, da Lei Complementar Estadual 621/2012.

O Recorrente visa a anulação do julgado argumentando nulidade, por ausência no Acórdão TC nº 1668/2019-9 recorrido, do exame da inconstitucionalidade das normas municipais ou da Constituição Estadual, conforme requerido no recurso, e sem qualquer justificativa para tal ausência, violando-se o inciso IX, do artigo 93, da Constituição Federal.

Pois bem, vale destacar que o Colegiado do Plenário, por meio do v. Acórdão atacado, além da expedição de recomendações e determinação deliberou pela homologação dos pontos correspondentes aos achados de auditoria nº 2.1 a 2.18 do Plano de Ação elaborado pelo Executivo Municipal de Pinheiros, vejamos:

2.1 LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA NÃO DISPONIBILIZADA ADEQUADAMENTE PARA CONSULTA;

2.2 NORMATIZAÇÃO MUNICIPAL DO ISS INCOMPATÍVEL COM A LEI COMPLEMENTAR FEDERAL 116/2003;

2.3 AUSÊNCIA DE REVISÃO DA PLANTA GENÉRICA DE VALORES;

2.4 NÃO UTILIZAÇÃO DA PLANTA GENÉRICA DE VALORES VIGENTE PARA AFERIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DE TRIBUTOS IMOBILIÁRIOS;

2.5 IRREGULARIDADES NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS;

2.6 INEXISTÊNCIA DE CARREIRA ESPECÍFICA PARA EXERCÍCIO DE ATIVIDADES DE FISCALIZAÇÃO;

2.7 CARGOS DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DESPROVIDOS DE ATRIBUIÇÕES LEGAIS EXPRESSAS;

2.8 NÃO PROVIMENTO DA CARREIRA EFETIVA DE PROCURADOR MUNICIPAL;

2.9 AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA;

2.10 NÃO PRIORIZAÇÃO DE RECURSOS À ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA;

2.11 INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA ESTABELECIDO

RECURSOS ESPECÍFICOS PARA A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA;

2.12 REGISTRO IRREGULAR DA EXECUÇÃO DE DESPESAS COM A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA;

2.13 IRREGULARIDADES NOS PROCEDIMENTOS FISCALIZATÓRIOS DE MAXIMIZAÇÃO DA ARRECADAÇÃO;

2.14 INEXISTÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DO ITBI;

2.15 COBRANÇA ILEGAL DE TAXA DE MANUTENÇÃO DE VIAS PÚBLICAS;

2.16 COBRANÇA ADMINISTRATIVA INSUFICIENTE PARA REALIZAR A EFETIVA ARRECADAÇÃO;

2.17 PARCELAMENTOS EM DESACORDO COM AS NORMAS GERAIS;

2.18 REGISTRO INADEQUADO DE TRIBUTO NA DÍVIDA ATIVA.

A Área Técnica, nos termos da Instrução Técnica de Recurso nº 275/2021-8, acompanhada pelo *Parquet* de Contas, conforme Parecer nº 4398/2021-9, assim se manifestou:

[...]

Antes da manifestação acerca das demais questões relacionadas ao mérito recursal, conforme deliberado pelo Plenário desta Corte de Contas (Decisão Plenária TC nº 02318/2021-6), faz-se necessário acentuar, primeiramente, que a análise da área técnica, conforme Instrução Técnica de Recurso TC nº 00125/2021-7, foi além da ausência de enfrentamento do Incidente de inconstitucionalidade por este Tribunal, mas também alcançou a omissão do Acórdão recorrido em relação aos demais itens suscitados pelo Recorrente em suas razões recursais e não examinados, embora tidos como prejudiciais ao exame do mérito.

Segundo afirmou o Recorrente, não consta do Acórdão TC nº 1668/2019-9 o exame da inconstitucionalidade das normas municipais ou da Constituição Estadual, conforme requerido no recurso, e nem qualquer justificativa para tal ausência, violando-se o inciso IX, do artigo 93, da Constituição Federal, que impõe aos magistrados o dever de fundamentar as suas decisões, configurando-se preceito inerente ao Estado Democrático de Direito.

Não é demais enfatizar, nos termos afirmados pelo próprio Relator, que a temática tratada, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal referenciada, ainda não foi sequer enfrentada por esta Corte de Contas, inexistindo, portanto, qualquer alteração da legislação deste Tribunal, razão pela qual é possível afirmar que o procedimento do Incidente de Inconstitucionalidade nela previsto encontra-se vigente.

Além disso, é imprescindível destacar, conforme mencionado pelo Relator, que o ponto abordado pela decisão do Supremo Tribunal Federal diz respeito, tão somente, à possibilidade ou não de vinculação das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade a outros processos, que não o caso concreto apreciado, não interferindo na admissibilidade de tal análise produzir efeitos internamente, nos próprios autos examinados, o que já se encontra solidificado nesta Corte e em Tribunais pátrios.

(...)

[...]

3. DA IRREGULARIDADE ATINENTE AO NÃO PROVIMENTO DA CARREIRA EFETIVA DE PROCURADOR MUNICIPAL, CRIADA PELA LEI MUNICIPAL Nº 1.108/2012:

Segundo argumentou o Recorrente, a controvérsia dos autos diz respeito à obrigatoriedade do provimento do cargo de Procurador do Município de Pinheiros por servidor efetivo, tendo em vista a alegada ausência de previsão na Constituição Federal acerca dos entes municipais instituírem órgãos próprios de advocacia pública, além da afirmação da autonomia conferida aos municípios para definirem a suas próprias estruturas administrativas, atendendo as suas peculiaridades, estando tais matérias afetas ao mérito administrativo.

Aduziu também o Recorrente, que embora não haja previsão constitucional que imponha aos municípios a criação de órgãos próprios de representação judicial, uma vez instituído estes, por meio de lei do próprio ente municipal, o cargo de Procurador deve ser preenchido por servidores efetivos, aprovados em concurso público, na esteira do que preconiza o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

Conforme declarou o Recorrente, a propósito do paradoxo elencado na jurisprudência extraída do voto de vista TC nº 00171/2019, que segundo ele deu ensejo ao Acórdão recorrido no sentido de que a disposição constitucional não alcança os municípios, já que para estes não existe a obrigatoriedade de manutenção de quadro próprio, a natureza eminentemente técnica do cargo de Procurador do Município juntamente com a relevância das atribuições institucionais conferidas aos mesmos sinalizam a obrigatoriedade.

Alegou também o Recorrente, que a discussão acerca da faculdade de se criar o referido órgão jurídico encontra-se superada por meio da Lei Municipal nº 953/2009. Ademais, segundo ele, a Lei Municipal nº 1.108/2012 dispôs sobre a estrutura organizacional da Procuradoria do Município de Pinheiros, criando cargos de provimento efetivo de Procurador do Município.

Portanto, conforme sustentou o Recorrente, o caso em tela não se adequa a jurisprudência arrolada no voto de vista referenciado, uma vez que tendo sido criado o Órgão pelo Município, o que ocorreu por meio das Leis Municipais nº 953/2009 e 1.108/2012, a interpretação deve ser no sentido de que tais funções somente podem ser exercidas por Procuradores Municipais aprovados em concurso público.

Ressaltou por fim o Recorrente, que a Lei Municipal nº 1.108/2012 criou dois cargos efetivos de Procurador do Município e um cargo comissionado de Procurador Geral do Município e que o permissivo jurisprudencial elencado no voto de vista TC nº 00170/2019, em relação à possibilidade de contratação de advogado terceirizado, não se traduz pertinente à matéria

discutida nos autos que trata do provimento da carreira de Procurador Municipal, instituída por Lei Municipal.

Requeru o Recorrente, subsidiariamente ao pleito da nulidade do Acórdão TC 1668/2019, a sua reforma, para que seja expedida determinação e não recomendação ao chefe do Poder Executivo do Município de Pinheiros no sentido de que se adotem as providências necessárias relacionadas à realização de concurso público para provimento do cargo de Procurado do Município, tão logo o percentual de despesas com pessoal se encontre abaixo do patamar previsto no artigo 59, § 1º, inciso II, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

De outro lado, conforme fundamentação do Acórdão recorrido, o artigo 122-A, da Constituição Estadual, inserido pela Emenda Constitucional nº 112/2018, criou obrigações relativas às Procuradorias Municipais e a jurisprudência vem manifestando-se pela possibilidade de contratação de advogado terceirizado, razão pela qual concluiu pelo afastamento das determinações constantes na manifestação técnica, no sentido da discricionariedade de criação da carreira de Procurado Municipal.

Apreciando os argumentos do Recorrente em face dos fundamentos do Acórdão recorrido, nota-se que o ponto controvertido a ser enfrentado, se superada a nulidade da decisão recorrida, diz respeito, exclusivamente, a obrigatoriedade ou não do provimento do cargo de Procurador Municipal por concurso público, tendo em vista a criação do Órgão da Procuradoria Municipal por lei, bem como a expressa previsão legal de que tais cargos são de provimento efetivo.

Partindo-se, portanto, da premissa de que as normas municipais e estaduais tratadas pelo Recorrente são válidas e vigentes, já que as suas constitucionalidades ainda não foram apreciadas, tendo estas criado órgão próprio de Procuradoria do Município a ser provido por servidor efetivo, tratando-se de cargo técnico, com atribuições relevantes e não excepcionais, que não possui natureza de direção, chefia e assessoramento, conforme dispõe o artigo 37, V, da Constituição para provimento em comissão, deve-se respeitar o Princípio da obrigatoriedade

do Concurso Público, exigido pelo artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, exigindo-se o provimento por servidor efetivo concursado.

Neste sentido, diversas decisões desta Corte de Contas, as quais a seguir se transcreve:

ACÓRDÃO 997/2018 – SEGUNDA CÂMARA

Tratam os autos de Representação apresentada pelo Ministério Público Especial de Contas em face da Prefeitura Municipal de Boa Esperança, sob a responsabilidade do Sr (...), Prefeito Municipal no exercício de 2016, em razão de indícios de irregularidades e ilegalidades na contratação de servidor comissionado para o exercício de funções privativas de Advogado em detrimento à nomeação de advogados aprovados em concurso público, este dentro do prazo de validade. Aponta a instrução processual que a Lei Municipal de Boa Esperança nº 1.496/2016 prevê a existência de dois cargos de Advogado e para os quais foi realizado o concurso público derivado do Edital n. 001/2012 – PMBE. Sua homologação se deu em 03/05/2013 (disponível neste processo eletrônico, evento 03, p. 36/37), tendo havido prorrogação em 2015 (evento 03, p. 38). Em razão disso, o MPC afirma que inobstante ter transcorrido mais de dois anos da homologação do concurso, prorrogado por igual período pelo Decreto Municipal 3.442/2015, mesmo tendo ocorrido nomeação para o cargo de Advogado, "... a representação judicial e extrajudicial, bem como a consultoria e assessoramento do Município tem sido regularmente desempenhada por servidores ocupantes de cargos comissionados criados pela LC Municipal n. 1.574/2015, e com vencimentos superiores àqueles recebidos pelos efetivos, conforme se extrai da própria redação do regramento municipal. "Aduz que o exercício das funções por servidores comissionados extrapola o permissivo constitucional já que os cargos criados não se limitam à chefia, assessoramento ou direção, conforme art. 37, V, da CRFB/1988, mas se confundem com o exercício ordinário de funções que devem ser ocupadas por servidores efetivos, violando o princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos. (...) Diante disso, requereu fossem adotadas as providências legais e regimentais para determinar ao atual gestor a adoção das providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da cominação das penalidades previstas em lei que se mostrarem cabíveis. Realizados os procedimentos processuais afeitos à espécie, a Secretaria de Controle Externo de Previdência e Pessoal que, por meio da Instrução Técnica Conclusiva 4391/2017-9, apresentou proposta de encaminhamento nos seguintes

termos:3 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO(...)3.2 EXTINÇÃO DO FEITO, sem resolução de mérito, pela perda integral do objeto, com recomendação ao atual gestor para que se abstenha de nomear servidor não integrante da carreira de procurador para o cargo de Gerente Operacional de Proteção, Orientação e Defesa do Consumidor. Entretanto, o Ministério Público de Contas, em Parecer da lavra do Senhor Procurador Luciano Vieira (Parecer 2149/2018-6) diverge do entendimento exarado pela Área Técnica e oficia pela instauração de procedimento de Incidente de Inconstitucionalidade, nos seguintes termos (...). Oficia pela instauração de procedimento de Incidente de Inconstitucionalidade, nos seguintes termos (...). (...) Em assim sendo, submete-se a este colegiado a presente preliminar - INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. Sugere o Ministério Público Especial de Contas para que este Tribunal negue exequibilidade ao art. 53, inciso IV, da Lei Complementar Municipal nº 1.615/2016, por ofensa aos artigos 37, caput, incisos II e V, 131 e 132 da Constituição Federal e artigos 32, caput, incisos II e V, e 122 da Constituição Estadual. O dispositivo legal contestado confere ao servidor comissionado atribuição privativa de procurador (competência do servidor efetivo) e que, segundo a Instrução o Parecer Ministerial, ofende os princípios e as normas estabelecidos nos artigos 37, caput, incisos II e V, 131 e 132 da Constituição Federal e artigos 32, caput, incisos II e V, e 122 da Constituição Estadual. Isso porque, o Ministério Público de Contas não concorda com a proposta de encaminhamento sugerida pela área técnica, pois ao realizar pesquisa junto ao Portal da Transparência da Prefeitura municipal de Boa Esperança constatou a ocupação do Cargo de Gerente Ocupacional por servidor comissionado. Reportam os autos que a Lei Complementar Municipal nº 1.615/2016 que dispõe sobre a organização administrativa do município de Boa Esperança e dá outras providências, estabelece em seu artigo 53, inciso IV, que compete ao Gerente Operacional de Proteção, Orientação e Defesa do Consumidor representar judicial e extrajudicialmente o Órgão autarquia. (...) Com propriedade, assevera o Ministério Público de Contas que a atribuição elencada no inciso IV do art. 53 da citada Lei Complementar é da competência do servidor efetivo ocupante do cargo de Procurador Municipal, nos termos dos artigos. 131 e 132 da CRFB/1988 e art. 122 da Constituição Estadual. Para tanto, aponta que o seu cometimento a servidores comissionados representa burla ao princípio do concurso público, insculpido no art. 37, II, da Constituição Federal e art. 32, II, da Constituição Estadual. Em outras palavras, o regular desempenho de atividades próprias do cargo de Procurador Municipal por servidores ocupantes de cargos comissionados, ex vi do inciso IV do art. 53 da citada LC nº 1.615/2016, consistente em representação judicial e extrajudicial (de caráter estritamente

técnico, permanente e ordinário) são incompatíveis com as atribuições de direção, chefia e assessoramento (artigos 37, V da CRFB/1988) e viola princípios constitucionais estruturadores da advocacia pública municipal que implica observância compulsória do modelo federal (art. 131 e 132 da Constituição Federal e art. 20 da Constituição Estadual/ES). E mais, infringe o princípio do concurso público, comprometendo, por conseguinte, o respectivo ato de nomeação, tornando-o nulo de pleno direito, nos termos do art. 37, § 2º da CRFB/1988. Vale ressaltar que a redação imposta pela Emenda Constitucional nº 19/98 ao art. 37, inciso V, aboliu de modo explícito e expresso a banalização dos cargos em comissão, ao prever que estes, mais as funções de confiança, somente poderiam ser criadas para as atribuições de direção, chefia e assessoramento. (...) Desse modo, a criação de cargos de advocacia pública pelos municípios deve guardar perfeita simetria com a Constituição Federal, expressamente ditada no art. 29, e, em especial, aquelas previstas no art. 37, incisos I e V, e nos arts. 131 e 132 da Carta Magna, reforçados nos arts. 32, II e V, e 122 da Constituição do Estado do Espírito Santo. (...) Ante ao exposto, VOTO no sentido de afastar a aplicação do art. 53, inciso IV, da Lei Complementar Municipal nº 1.615/2016 – Anexo I, por ofensa aos artigos 37, caput, incisos II e V, 131 e 132 da CRFB/1988 e artigos 32, caput, incisos II e V, e 122 da Constituição Estadual. **Acórdão TC nº 997/2018, Segunda Câmara, Processo TC nº 09882/2016-1, Relator João Luiz Cotta Lovatti**

Tratam os presentes autos do monitoramento das deliberações provenientes da Auditoria (...) com objetivo de fiscalizar a atuação da Administração Tributária do Executivo Municipal de Baixo Guandu no exercício de 2015, em cumprimento ao Plano Anual de Fiscalização de 2016. (...) 2.8. Não provimento da carreira efetiva de procurador municipal. (...) Verifica-se na presente irregularidade, a ausência de previsão de carreira efetiva de procurador municipal, na legislação do Município de Baixo Guandu. (...) As decisões proferidas pela Suprema Corte Federal, ao analisar o disposto nos artigos 131 e 132 da Constituição Federal, entendeu que a obrigatoriedade de instituir órgão de representação jurídica não se aplica aos municípios. (...) Depreende-se dos julgados supracitados, que a instituição de órgão vinculado, para representar o ente judicial e extrajudicialmente, não se mostra obrigatória no âmbito municipal. Contudo, não significa que quando o Município entender que é necessária a instituição de Procuradoria Municipal e cria mediante lei o referido órgão, está autorizado a ocupar o órgão jurídico criado, unicamente com servidores ocupantes de cargos comissionados. (...) Nessa linha, entendo que o posicionamento da Suprema

Corte não obriga a criação de Órgão de Advocacia Pública Municipal, contudo, uma vez criado o referido órgão por livre iniciativa do Executivo, não é permitido que sua estrutura seja composta unicamente por servidores comissionados, exercendo atribuições que são exclusivas de procuradores municipais, aprovados mediante concurso públicos, nos termos do art. 37, II e do art. 132 da Constituição Federal. (...) Entretanto, há também entendimento em sentido diverso, emitido por esta Corte de Contas, no Parecer Consulta TC 002/2020, onde a mesma matéria foi abordada em âmbito do Legislativo Municipal, (...). (...) Em que pese minha posição sobre o tema, deve se reconhecer que há um imbróglio de interpretação do tema e por esta razão, primando pela segurança jurídica, entendo que por ora, a exigência de implementação desta ação deve ser afastada. Face do exposto, acompanhando parcialmente o do entendimento técnico e ministerial, entendo que a ação em análise deve ser sobrestada, não sendo necessário neste momento proceder com a sua implementação. **(Acórdão TC nº 0689/2021-1, Processo TC nº 03371/2020-5, Relator Conselheiro Domingos Augusto Taufner).**

Sugere-se, portanto, a nulidade do Acórdão recorrido, nos termos do artigo 372, do Regimento Interno desta Corte de Contas, Resolução 261/2013, por ausência de enfrentamento de questões essenciais para o deslinde da controvérsia posta nos autos, causando prejuízos às partes e ao erário, conforme dispõem os artigos 93, inciso IX, da Constituição Federal, e o 489, parágrafo 1º, inciso IV, do Código de Processo Civil, bem como o Princípio da Reserva de Plenário, previsto no artigo 335, do Regimento Interno deste Tribunal, Resolução TC nº 261/2013.

Caso, no entanto, sejam superadas por esta Corte de Contas as questões referentes à nulidade do Acórdão recorrido, opina-se por sua reforma, para que seja expedida determinação e não recomendação ao Chefe do Poder Executivo Municipal para que adote as providências necessárias à realização de concurso público para provimento dos cargos de Procurador do Município, tão logo o percentual das despesas com pessoal se encontre abaixo do patamar previsto no artigo 59, parágrafo 1º, inciso II, da Lei de Responsabilidade Fiscal (90% do limite), considerando que a expedição de mera recomendação, cujo adimplemento por parte do gestor público condiciona-se a um juízo de conveniência e oportunidade, mostra-se incompatível com a necessidade de corrigir a violação constitucional do

artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, detectada por esta Corte de Contas.

4.CONCLUSÃO

Ante as razões expostas, opina-se pelo acolhimento das alegações do Recorrente, por entender que o Acórdão TC nº 1668/2019-9 é nulo, por ausência de apreciação do Incidente de Inconstitucionalidade, requerido pelo Ministério Público Especial de Contas, desrespeitando-se o Princípio da Reserva de Plenário, previsto pelo artigo 335, do Regimento Interno desta Corte de Contas, Resolução TC nº 261/2013, o qual exige o julgamento por maioria absoluta do Plenário deste Tribunal.

Do mesmo modo, entende-se que o referido Acórdão é nulo, conforme dispõe o artigo 372, também do Regimento Interno desta Corte, Resolução TC nº 261/2013, por ausência de fundamentação e enfrentamento de questões prejudiciais essenciais para o deslinde da controvérsia (matérias constitucionais), que embora aduzidas nos autos, não foram analisadas pelo Órgão julgador, conforme prevê os artigos 93, IX, da Constituição Federal, e 489, Parágrafo 1º, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Caso, contudo, sejam superadas por esta Corte de Contas as questões referentes à nulidade do Acórdão recorrido, opina-se por sua reforma, para que seja expedida determinação e não recomendação ao chefe do Poder Executivo para que adote as providências necessárias à realização de concurso público para provimento dos cargos de Procurador do Município, tão logo o percentual das despesas com pessoal se encontre abaixo do patamar previsto no artigo 59, parágrafo 1º, inciso II, da Lei de Responsabilidade Fiscal (90% do limite), nível considerado adequado para a correção da irregularidade, considerando que a expedição de mera recomendação, cujo o adimplemento por parte do gestor público condiciona-se a um juízo de conveniência e oportunidade, mostra-se incompatível com a necessidade de corrigir a violação constitucional prevista no artigo 37, inciso II, detectada por esta Corte de Contas.

Pois bem, ocorre que na fase de julgamento do Processo TC nº 3117/2017-5, após a emissão do Voto do Relator nº 5004/2019-1 e do Voto Vista nº 170/2019-1, o ilustre

Representante do *Parquet* de Contas, apresentou o Parecer Vista nº 6031/2019-9, suscitando a instauração de incidente de inconstitucionalidade em face do art. 2º e do Anexo II da Lei 953/2009 do Município de Pinheiros, que criou cargos comissionados de Subprocurador, aos quais foram atribuídas atividades típicas dos cargos de provimento efetivo de Procurador do Município criados pela Lei Municipal 1.108/2012, violando os art. 37, inciso II, 131 e 132 da Constituição Federal, além do art. 122 da Constituição Estadual, conforme decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo na Ação Direta de Inconstitucionalidade 0000159-27.2012.8.08.0000.

A Lei Complementar Estadual nº 621/2012, preceitua em seu artigo 176, que “o Tribunal de Contas, no exercício das suas atribuições, poderá pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade de leis e de atos do poder público”.

De fato, constato que o incidente de inconstitucionalidade, não foi apreciado e por consequência não integrou o *decisium*, caracterizando assim, a nulidade processual.

Assim, convém rememorar que a eficácia do ato administrativo promove o ato jurídico, e conseqüentemente se torna eficaz quando ele produz o efeito jurídico previsto em seu conteúdo, e no caso em comento, deixou de ser eficaz em decorrência da nulidade absoluta por ausência de apreciação do incidente de inconstitucionalidade.

Desse modo, acompanho o entendimento da área Técnica e do *Parquet* de Contas, conforme a Instrução Técnica de Recurso 00275/2021-8 e o Parecer 04398/2021-9, e **acolho a preliminar por reconhecer a existência da nulidade absoluta no julgado quanto a não apreciação do incidente de inconstitucionalidade na decisão recorrida.**

Lado outro, ressalto que em razão do acolhimento da sobredita preliminar quanto a nulidade da não apreciação do incidente de inconstitucionalidade, resta prejudicada a análise do pedido subsidiário do Recorrente quanto a expedição de “determinação” e não de “recomendação” ao chefe do Poder Executivo do Município de Pinheiros, no sentido de adote as providências necessárias à realização do concurso público para provimento dos cargos de Procurador do Município tão logo o percentual das despesas com pessoal se encontre abaixo do patamar previsto no art. 59, § 1º,

inciso II, da Lei de Responsabilidade Fiscal (90% do limite).

3. **DOS DISPOSITIVOS:**

Ante o exposto, acompanhando parcialmente o posicionamento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas e, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Acórdão que submeto à sua consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA
Conselheiro Relator

1. **ACÓRDÃO TC-1348/2022-3**

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

1.1. ACOLHER A PRELIMINAR DE NULIDADE ABSOLUTA suscitada pelo douto Representante do Ministério Público Especial de Contas, quanto a ausência de apreciação de incidente de inconstitucionalidade, restando prejudicado o pedido subsidiário do Recorrente, conforme razões expendidas no subitem 2.4 do voto;

1.2. DAR PROVIMENTO ao presente Pedido de Reexame, em razão do acolhimento da preliminar de nulidade absoluta constante no item anterior desta decisão, **REFORMANDO** o Acórdão TC nº 01668/2019-9 – Primeira Câmara, no sentido de anular os atos praticados no Processo TC 03117/2017-5, a partir da peça eletrônica 97 (Despacho 47.729/2019-6), retornando aqueles autos ao respectivo Relator para as providências supervenientes;

1.3. DAR CIÊNCIA aos interessados, **ARQUIVANDO-SE** os presentes autos, após trânsito em julgado.

2. Unânime.

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

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 RODRIGO COELHO DO CARMO

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANÁSTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões