



Acórdão 00327/2023-8 - 2ª Câmara

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 – LEI COMPLEMENTAR N. 173/2020 – AUMENTO DE DESPESA EM PERÍODO VEDADO – ILEGALIDADE

É irregular o pagamento de vencimentos a servidores públicos que implique em aumento de despesa no período vedado pela lei complementar n. 173/2020.

O 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 Euzébio 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 Euzébio 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 Euzébio 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 conseqüente 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;

Ato contínuo, não obstante o voto vista do Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti (doc. 62), prolatei o voto vencedor (doc. 61) que resultou no Acórdão TC n. 1345/2022 (doc. 64), nestes termos:

- 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;

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 (item 2 da Instrução Técnica Conclusiva – doc. 54);
- 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 (item 3.1 da Instrução Técnica Conclusiva – doc. 54).

No tocante ao incidente de inconstitucionalidade, conforme mencionado neste voto na parte introdutória, foi acolhido 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, além de se reconhecer que a Lei Municipal n. 1.017/2021, de 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, conforme fundamentação disposta no voto de minha relatoria (doc. 61), *in verbis*:

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.

Deste modo, restou pendente a análise quanto à irregularidade decorrente da aplicação da Lei Municipal n. 1017/2021, ou seja, quanto aos pagamentos de vencimentos a servidores em período vedado pela lei complementar n. 173/2020, inobservando o art. 8º, incs. II e IV (item 3.1 da Instrução Técnica Conclusiva – doc. 54):

2.1. Pagar Vencimentos a Servidores Públicos em Período Vedado pela Lei Complementar n. 173/2020 (item 3.1. da ITC n. 3095/2022 – doc. 54)

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

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

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 (promulgada em 22/02/2021¹) 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, 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):

3 DO INDÍCIO DE IRREGULARIDADE

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;

[...]

DA ANÁLISE

Conforme noticiado pela peça inicial e verificado no Portal de Transparência do ente fiscalizado, servidores foram nomeados para o provimento dos cargos criados pelo art. 2º da Lei sob exame, tendo estas nomeações sido efetuadas no período em que se encontrava em pleno vigor a vedação imposta pelo art. 8º, inciso VI, da Lei Complementar n. 173, de 27 de maio de 2020, que proíbe, até 31/12/2021, a nomeação de servidores comissionados, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, direção e assessoramento que não acarretem aumento de despesa, o que não ocorreu no caso em tela, por se tratarem de provimento originário dos respectivos cargos.

¹ <http://www3.barradesaofrancisco.es.leg.br/legislacao/norma.aspx?id=6797&numero=1017>

Constata-se nas defesas apresentadas que o mesmo se atém a alegar o cumprimento do limite de pessoal pelo município, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal, o que, segundo ele, permitiria a criação e preenchimento dos cargos comissionados e o conseqüente aumento nominal das despesas de pessoal do ente, provocado pela edição da Lei n. 1.017/2021.

No entanto, a Lei 173/2020 não traz proibição de aumento no limite de gastos com pessoal e sim, veda o aumento nominal destes gastos, o que não foi devidamente combatido pelo gestor responsável.

Além disto, o gestor afirma que a lei municipal nº 1.017, de 22.02.2021 é clara e objetiva com as atribuições descritas de forma simples sendo que os cargos criados são necessários para a estrutura administrativa eis que assessoram diretamente o Chefe do Poder Executivo em questões administrativas, e por fim afirmam que as atribuições dos três cargos criados são distintos, e que as normas legais devem ser mantidas pelo intérprete, somente sendo afastadas em última instância, quando claramente inconstitucionais, entretanto, não encartam quaisquer provas que corroborem com tais afirmativas.

Nesta seara, considerando que o art. 8º da Lei Complementar n. 173/2020 não traz qualquer limitação temporal acerca do cumprimento dos seus preceitos, nem mesmo excepciona a proibição de aumento de despesas com pessoal, quando do cumprimento do limite previsto na LRF, uma vez que esta lei federal se reporta a um percentual calculado com base na receita corrente líquida, tendo a mesma, portanto, fator incisivo para o resultado deste limite.

Também há de se salientar que o aumento na receita impacta diretamente no limite de pessoal previsto na lei de responsabilidade fiscal, inclusive, mesmo que o gasto desta natureza tenha aumentado, o concomitante aumento da receita, por si só, pode acarretar no cumprimento deste limite.

Nesta linha, não seria razoável aguardar o ciclo de análise quadrimestral ou semestral dos limites da LRF para se verificar que os atos emitidos resultaram ou não em aumento de despesa com pessoal, especialmente, se considerarmos os motivos que levaram à edição da norma federal e o quadro pandêmico existente à época.

Sob esse prisma, cabe trazer à lume trecho do Acórdão 3255/201, por meio do qual o Tribunal de Contas do Estado do Paraná, em resposta à Consulta formulada, elucida de forma insofismável a questão suscitada pelo gestor:

“[...] Primeiro questionamento: O aumento de despesa previsto nos incisos II, III e IV, do art. 8º da Lei Complementar nº 173/2020, refere-se aos limites percentuais previstos nos arts. 19 e 20, da Lei nº 101/2000, ou ao aumento nominal da despesa de pessoal no período de implementação?

Reconhecida a calamidade pública pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembleias Legislativas, nas hipóteses dos Estados ou Municípios, aplica-se referido artigo 8º:

Art. 8º. Na hipótese de que trata o art. 6520 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de: (...)

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

III - alterar estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação

de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares;

Já a LC 101/2000 estabelece:

Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

I - União: 50% (cinquenta por cento);

II - Estados: 60% (sessenta por cento);

III - Municípios: 60% (sessenta por cento). (...)

Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:

I - na esfera federal:

a) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União;

b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;

c) 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo, destacando-se 3% (três por cento) para as despesas com pessoal decorrentes do que dispõem os incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e o art. 31 da Emenda Constitucional no 19, repartidos de forma proporcional à média das despesas relativas a cada um destes dispositivos, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar;

d) 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público da União;

II - na esfera estadual:

a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado;

b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;

c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo;

d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;

III - na esfera municipal:

a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver;

b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo. (...)

O artigo 169 da Constituição Federal disciplina que “a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar”.

Tais limites foram discriminados no artigo 19 da Lei de Responsabilidade Fiscal, sendo que o seu artigo 20 apenas dispôs acerca dos percentuais que não podem ser excedidos quando da repartição daqueles marcos globais.

Denota-se, da leitura do artigo 8º da LC 173/2020, que não há qualquer menção ou referência aos índices dispostos nos artigos 19 e 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Um preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do ordenamento para que se possibilite a preservação da coerência.

Deve-se levar em consideração que, numa interpretação teleológica, há a possibilidade de sempre se atribuir um propósito às normas. No caso em tela, a finalidade pretendida pelo legislador é cristalina; visando minimizar o impacto futuro sobre as finanças públicas, decidiu-se coibir o crescimento de gastos com pessoal e a criação de despesas obrigatórias até 31/12/2021.

Como bem observado pela Coordenadoria Geral de Fiscalização²¹, “a nova norma não traz limitação temporal e não há como prever agora os percentuais de despesa com pessoal de 1 (um), 2 (dois) ou 3 (três) anos futuros. Logo, não teria lógica razoável aguardar três anos e verificar que os atos emitidos nos 180 dias finais do mandato

anterior resultaram em aumento no terceiro ano do mandato seguinte, para então promover-se a anulação daqueles atos”.

Entendo, portanto, que há vedação de aumento nominal (a expedição de atos que criem despesas independentemente da variação percentual da despesa total com pessoal), ressalvadas as exceções previstas legalmente.

[...]

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro IVAN LELIS BONILHA, por unanimidade, em:

I - Conhecer a Consulta formulada, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade, para, no mérito, respondê-la nos seguintes termos:

(i) O AUMENTO DE DESPESA PREVISTO NOS INCISOS II, III E IV, DO ARTIGO 8º DA LC 173/2020 REFERE-SE AO AUMENTO NOMINAL DA DESPESA COM PESSOAL;

[...]” (GNN)

Não quis o legislador federal, com aquelas medidas, engessar a administração. Como exposto no Parecer Referencial nº 8/2020/PGCONS2, da Procuradoria-Geral do Distrito Federal:

“(...) não se vislumbra óbice aos rearranjos que a Administração Pública, não raro, se encontra na contingência de realizar no que diz com os cargos de chefia, direção e assessoramento, para se acomodar às necessidades sempre dinâmicas do complexo aparelho estatal, consistentes na transformação ou realocação de cargos, como, por exemplo, na transformação de um cargo em comissão anteriormente ocupado em dois outros com remunerações inferiores, desde que a soma das despesas com os novos cargos não ultrapassem a despesa do cargo objeto da transformação”. (GNN)

Nesse sentido, para atender aos ditames da lei federal sem burla às suas vedações, ao propor a criação dos referidos cargos, de urgência e relevância para o Município, caberia ao Chefe do Poder Executivo Municipal, no mesmo ato, propor a extinção de outros, menos relevantes na ocasião, capazes de compensar o acréscimo nominal da despesa resultante dos cargos criados, o que não foi observado no caso sob exame.

Na linha dos entendimentos expostos, respondendo aos quesitos 9 e 10 da consulta formulada, também normatizou nosso Tribunal no Parecer Consulta 10/2021 sobre a necessidade de se realizar rearranjo nos cargos do ente para que seja afastada a peche de aumento de despesa:

1.1.9. Para que seja possível a realização de concurso público para “reposição”, é necessário que o cargo já tenha sido preenchido e se encontre vago ou cargos nunca preenchidos também permitem a realização do concurso?

Resposta: As exceções às vedações de práticas de atos previstas na lei referente à gestão dos serviços públicos foram previstas para dar conformidade ao princípio federativo, preservando a autonomia de gestão dos entes federados, e a conveniência administrativa dela decorrente, necessária para proverem a prestação de serviços públicos.

(...)

Portanto, uma interpretação integrada e coesa das prescrições dos incisos II, IV e V do artigo 8º da LC 173/20 permite que sejam providos cargos efetivos novos, criados a partir do ato de transformação, o que, por sua vez, faz atrair o método teleológico, para afastar contradições e maximizar a preservação do princípio federativo, a partir da qual deve ser compreendido pela possibilidade de realização de concurso público para provimento de cargo efetivo nunca antes provido, mas criado antes do advento da LC 173/20.

Em outras palavras, entende-se que o legislador tenha visado, por um lado, restringir a criação de novos cargos e empregos públicos e, por outro, permitir o provimento daqueles já criados no momento de publicação da Lei Complementar n. 173/2020 – independentemente de já terem sido ocupados anteriormente ou não.

Assim, a possibilidade de reposição de vacância deve ser entendida de forma mais ampla como a possibilidade de provimento de cargos e empregos públicos vagos no momento de publicação da lei, aplicando-se a vedação ao provimento dos cargos e empregos criados após essa publicação.

1.1.10. Considera-se “reposição” o cargo que decorre de uma transformação administrativa, ou seja, a vacância do cargo anterior se transmite para o cargo transformado?

Resposta: É razoável interpretar como reposição o preenchimento de cargo derivado da transformação de outro, que foi extinto.

É importante deixar registrado que o simples preenchimento de um cargo vago, efetivo ou em comissão, por meio de reposição já pode redundar em majoração de despesas se, por exemplo, tal cargo já estivesse desocupado antes da LC 173/2020. Contudo, em se tratando de cargo em comissão, há expressa proibição de que eventuais reposições acarretem aumento de despesa e, portanto, o provimento de cargo em comissão derivado da transformação de outro já encontra esse óbice legal, coincidente com a condição imposta nos incisos II e III, do artigo 8º (criação de cargo, emprego ou função e alteração de carreira).

No entanto, em se tratando de reposição de cargo efetivo, como já vimos, não há essa condicionante relativa ao incremento de despesa, de forma que, para viabilizar o provimento de cargo efetivo decorrente da transformação de outro, faz-se necessária uma interpretação sistemática do inciso IV com os incisos II e III do artigo 8º, transportando para as reposições decorrentes dessa hipótese o limitador da proibição de aumento de despesa existente para a criação de cargo, emprego ou função, bem como alteração de carreira, sob pena de violação à LC 173/2020.

Importa ressaltar, por fim, que somente a avaliação do caso concreto poderá atestar a legalidade de processo de modificação da estrutura organizacional por meio da transformação de cargos, não perpassando pela análise efetuada nesta Consulta.

Pelas razões expostas, evitando-se a repetitividade, nos remetemos aos demais fundamentos de fato e de direito apontados no item 2 da presente peça, os quais revelam a hipótese de afronta ao art. 8º, incisos II, III e IV, da LC 173/2020, bem como indicam que o art. 2º da Lei n. 1.017, de 22 de fevereiro de 2021, se apresenta nulo de pleno direito.

Inegável, portanto, que o art. 2º da Lei n. 1.017/2021, que criou 03 (três) cargos de provimento em comissão na estrutura recém-criada da Superintendência Geral Administrativa e de Controle de Barra de São Francisco, e o respectivo provimento desses cargos, sem a extinção de nenhum outro cargo em contrapartida, violou frontalmente os incisos II, III e IV do art. 8º da Lei Complementar n.173, de 27 de maio de 2020, que assim dispõem:

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

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

III - alterar estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - Admitir ou contratar pessoal, A QUALQUER TÍTULO, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento

que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares; (GNN)

Ademais, considerando que as provas para responsabilização do prefeito foram encartadas nestes autos e se apresentam amplamente divulgadas no Portal de Transparência da prefeitura, e recai na pessoa do agente público responsabilizado a obrigação de trazer aos autos argumentos e provas para comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do representante, sobretudo, pela ausência de quaisquer provas que venham a corroborar com as afirmativas da defesa, nem mesmo nenhuma inovação por parte do gestor em suas argumentações quanto à irregularidade ora imputada, **tem-se no presente caso como mantida a irregularidade**, também reprimida pelo texto constitucional, como anteriormente explicitado no item 2 desta peça.

De acordo com o apurado pela área técnica, cujo posicionamento conclusivo foi acompanhado pelo Ministério Público de Contas, vê-se 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 e IV da lei complementar n. 173/2020, gerando aumento de despesa no período vedado por esta norma.

Em síntese, é incontroverso que a lei municipal em comento, promulgada em 22/02/2021², promoveu a criação de cargos, além de possibilitar a admissão de pessoal que implicaram em aumento de despesa. Deste modo, a inserção da norma municipal no ordenamento jurídico em 22/02/2021³, ocorreu em período vedado pela lei complementar federal que foi de 28/05/2020 a 31/12/2020, inobservando os incisos II e IV, art. 8º da lei complementar n. 173/2020.

Ademais, acolho também o posicionamento da área técnica de que a vedação de aumento de despesa previsto na lei complementar n. 173/2020, trata-se de proibição de aumento nominal, não guardando correlação com o limite de gastos com pessoal da lei de responsabilidade fiscal. São metodologias distintas, sendo que ambas devem ser observadas pelo gestor.

Nesse diapasão, entendo que o art. 2º da lei n. 1017/2021 é eivado de ilegalidade, por inobservância ao art. 8º, incs. II e IV da lei complementar n. 173/2020, devendo o

² <http://www3.barradesaofrancisco.es.leg.br/legislacao/norma.aspx?id=6797&numero=1017>

³ <http://www3.barradesaofrancisco.es.leg.br/legislacao/norma.aspx?id=6797&numero=1017>

gestor adotar medidas para cessar imediatamente os pagamentos derivados desta norma, a contar da publicação do Acórdão TC n. 1345/2022 (doc. 64).

Desta forma é irregular o pagamento de vencimentos a servidores públicos em período vedado pela lei complementar n. 173/2020 (item 2.1 do voto), haja vista que a criação e a admissão de pessoal com base no art. 2º da lei n. 1017/2021 promoveu ao aumento de despesa em período vedado pela lei complementar n. 173/2020, especialmente em seu art. 8º, incisos II e IV;

Inobstante, em face da ocorrência de pagamentos indevidos, devem ser adotadas medidas administrativas com o objetivo de apurar os fatos, identificar os responsáveis, quantificar o dano e obter o respectivo ressarcimento, conforme previsto no art. 2º da instrução normativa n. 32/2014.

Nesta esteira, cabe ao gestor observar durante a adoção das medidas administrativas, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança 25.641/DF e mencionado no julgamento do recurso de reconsideração do autos TC n. 1448/2022⁴, que a dispensa de devolução de valores percebidos indevidamente por servidor não depende, apenas, da existência de boa-fé, mas sim, exige a presença concomitante de quatro requisitos, quais sejam: I) presença de boa-fé do servidor; II) ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada; III) existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada; e IV) interpretação razoável, embora errônea, da lei pela administração.

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 Colegiada, ante as razões expostas pelo Relator:

⁴ <https://www.tcees.tc.br/jurisprudencia/detalhar-excerto/?id=15212>

1. Considerar **PROCEDENTE** a representação, , nos termos dos artigos 186 e 178, inciso II do Regimento Interno, considerando o pagamento de vencimentos a servidores públicos em período vedado pela lei complementar n. 173/2020 (item 2.1 do voto);
2. Aplicar **MULTA** ao **Sr. Enivaldo Euzebio dos Anjos**, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) com base no art. 135, inc. III da lei complementar n. 621/2012 c/c art. 389, inc. III do RITCEES, em virtude da irregularidade descrita no item 2.1 do voto;
3. **DETERMINAR**, nos moldes do art. 2º da instrução normativa n. 32/2014, a adoção de medidas administrativas com o objetivo de apurar os fatos, identificar os responsáveis, quantificar o dano e obter o respectivo ressarcimento, haja vista o pagamento de vencimentos a servidores públicos em período vedado pela lei complementar n. 173/2020 (item 2.1 do voto). Encaminhar o resultado ao TCEES no prazo de 30 dias;
4. **CESSAR** o pagamento indevido de vencimentos a servidores públicos decorrentes da irregularidade transcrita no item 2.1 do voto, haja vista o incidente de inconstitucionalidade e a ilegalidade da lei n. 1017/2021, conforme Acórdão TCEES n. 1345/2022 (doc. 64);
5. **DAR CIÊNCIA** aos interessados.
6. Após os tramites regimentais, **arquivar os autos**;

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

VOTO-VISTA

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

1. INTRODUÇÃO

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.

Acerca da inconstitucionalidade da lei em questão, o Plenário proferiu o Acórdão TC n. 1345/2022 (doc. 64), nos seguintes termos:

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;

Destaque-se que nesse julgamento, após haver apresentado voto-vista, fui vencido. Após a resolução do incidente, no intuito de adentrar no mérito, o eminente Relator apresentou seu r. voto, cujo dispositivo é o seguinte:

1. Considerar **PROCEDENTE** a representação, , nos termos dos artigos 186 e 178, inciso II do Regimento Interno, considerando o pagamento de vencimentos a servidores públicos em período vedado pela lei complementar n. 173/2020 (item 2.1 do voto);
2. Aplicar **MULTA** ao **Sr. Enivaldo Euzebio dos Anjos**, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) com base no art. 135, inc. III da lei complementar n. 621/2012 c/c art. 389, inc. III do RITCEES, em virtude da irregularidade descrita no item 2.1 do voto;

3. **DETERMINAR**, nos moldes do art. 2º da instrução normativa n. 32/2014, a adoção de medidas administrativas com o objetivo de apurar os fatos, identificar os responsáveis, quantificar o dano e obter o respectivo ressarcimento, haja vista o pagamento de vencimentos a servidores públicos em período vedado pela lei complementar n. 173/2020 (item 2.1 do voto). Encaminhar o resultado ao TCEES no prazo de 30 dias;
4. **CESSAR** o pagamento indevido de vencimentos a servidores públicos decorrentes da irregularidade transcrita no item 2.1 do voto, haja vista o incidente de inconstitucionalidade e a ilegalidade da lei n. 1017/2021, conforme Acórdão TCEES n. 1345/2022 (doc. 64);
5. **DAR CIÊNCIA** aos interessados.
6. Após os tramites regimentais, **arquivar os autos**;

Na 6ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara, ocorrida em 03/03/2023, solicitei vista dos autos para melhor conhecer das questões aqui debatidas, e passo a apresentar o presente

VOTO – VISTA

2. FUNDAMENTAÇÃO

Primeiramente, como já dito, quando do julgamento do incidente de inconstitucionalidade da Lei nº. 1017, de 22 de fevereiro de 2021, apresentei voto-vista, tendo sido ao final vencido. Dessa forma, o incidente foi acolhido no sentido de se 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, e de reconhecer que a Lei Municipal n. 1.017/2021, 22 de fevereiro de 2021 padeceria 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.

Agora, no mérito, passa-se a analisar a irregularidade quanto ao pagamento de vencimentos a servidores públicos em período vedado pela Lei Complementar n. 173/2020, nos termos do item 3.1. da Instrução Técnica Conclusiva n. 3095/2022. Desde já, destaco que acompanho o entendimento do eminente Relator quanto à presença da irregularidade, e como consequência, na procedência da presente representação. Passo a tratar abaixo, portanto, dos pontos que, data vênia, apresento discordância. Também entendo que é devido que seja dada ciência ao Procurador-Geral de Justiça para, em sendo pertinente, adote as medidas cabíveis quanto à inconstitucionalidade da normas municipais em questão.

2.1 DA SANÇÃO AO RESPONSÁVEL

No r. voto apresentado pelo eminente Relator consta encaminhamento quanto à aplicação de multa ao Sr. Enivaldo Euzebio dos Anjos, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), tendo como base o art. 135, inc. III da lei complementar n. 621/2012 c/c art. 389, inc. III do RITCEES, em decorrência da irregularidade descrita no item 2.1 do voto, que se refere ao pagamento de vencimentos a servidores públicos em período vedado pela Lei Complementar n. 173/2020.

Discordo da responsabilização. Isso porque em 2018, o ordenamento jurídico pátrio sofreu substancial alteração. A conhecida Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – LINDB (Decreto-lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) obteve diversas inclusões de normas voltadas para o Direito Público, por meio da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, e um desses acréscimos é a exigência do artigo 28, nos seguintes termos:

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Assim, para que a responsabilização do gestor público siga os parâmetros legais, é preciso que a sua conduta tenha sido praticada de forma dolosa, ou que represente erro grosseiro. Dessa forma, recorrendo à peça acusatória, a saber, a Instrução Técnica Inicial n. 60/2022, não se verifica essa imputação ao gestor público.

Enquanto a conduta é descrita simplesmente como “Pagar vencimentos a servidores públicos comissionados criados mediante aplicação de norma inconstitucional e nula

de pleno direito”, o nexa causal é assim descrito: “na qualidade de ordenador de despesas, ao pagar vantagem a servidores públicos criadas em período vedado pela LC 173/2020 com base em norma eivada de vício de inconstitucionalidade e nula de pleno direito, realizou a irregularidade”.

Ou seja, não consta qualquer menção à presença desses elementos, não sendo possível responsabilização do gestor público. No presente caso, ao contrário, o que se verifica é que os pagamentos foram realizados ancorados em lei municipal, que só posteriormente foi considerada inconstitucional por esta Corte de Contas. Nesses termos, afasto a responsabilização/sancionamento do gestor.

2.2 DA DETERMINAÇÃO QUANTO À NÃO APLICAÇÃO DA LEI INCONSTITUCIONAL

Outra discordância que apresento em relação ao r. voto apresentado pelo eminente Relator refere-se à determinação de cessar o pagamento indevido de vencimentos a servidores públicos em decorrência do incidente de inconstitucionalidade e a ilegalidade da Lei n. 1017/2021, conforme Acórdão TCEES n. 1345/2022. Quanto a esse tópico, passo a discorrer.

Sempre foi tradicional o entendimento de que as Cortes de Contas poderiam, no exercício da sua competência, apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Durante muito tempo não esteve em disputa a possibilidade de as Cortes de Contas enfrentarem eventuais alegações de inconstitucionalidade dos atos normativos, e isso é demonstrado pela previsão, tanto na nossa Lei Orgânica quanto no Regimento Interno, de mecanismo nesse sentido.

É preciso destacar que esse controle exercido no âmbito das Cortes de Contas é de tipo incidental, ou *incidenter tantum*. Luís Roberto Barroso, em sua obra que aborda o controle judicial de constitucionalidade, assim assevera:

“Diz-se controle incidental ou incidenter tantum a fiscalização constitucional desempenhada por juizes e tribunais na apreciação de casos submetidos a sua jurisdição. É o controle exercido quando o

*pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido*⁵.

A aceitação de que as Cortes de Contas podem analisar a constitucionalidade das leis deve ser visualizada sob a luz de recente julgamento do Supremo Tribunal Federal. Estou me referindo ao *decisum* no bojo do Mandado de Segurança n. 35.410/DF, que 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

⁵ O Controle de Constitucionalidade no Direito brasileiro. 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2019. P. 71.

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)

O que se depreende do julgado da Corte Suprema, obviamente, não é a total impossibilidade de os Tribunais de Contas enfrentarem, ao analisar o caso concreto, se pronunciar acerca da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, mas sim a extrapolação dos seus efeitos, ou seja, a sua eficácia para fora do caso concreto analisado.

Em suma, o enfrentamento de matéria atinente à inconstitucionalidade de norma, portanto, não resta vedado no âmbito dos tribunais de contas. Entretanto, essa sindicabilidade da norma só pode ser realizada sob a perspectiva do caso concreto, considerando que o Tribunal de Contas não é corte constitucional. A perspectiva de análise deve ser a de, ao analisar o ato/procedimento desencadeado, perscrutar se a lei supostamente inconstitucional tem o condão de proteger aquele ato/procedimento, só se respondendo afirmativamente a esta pergunta se aquela lei estiver em sintonia com a Constituição Federal. Em outras palavras, as Cortes de Contas **não possuem competência para julgar leis**, mas sim as causas que lhe são apresentadas, servindo a lei como argumento jurídico para a análise dos casos concretos.

Dito tudo isso, entendo que determinar ao gestor público cessação do pagamento indevido de vencimentos a servidores públicos decorrentes da lei inconstitucional seria o mesmo que determinar a não aplicação da lei, isso é, retirá-la do mundo jurídico, se não formalmente, de forma prática. Isso entendo transbordaria a competência desta Corte.

Não obstante, cabe ao gestor público a decisão quanto à continuidade ou não dos pagamentos, agora, contudo, ciente da inconstitucionalidade da norma, e que sua eventual aplicação poderá ensejar na sua responsabilização. Isso porque a norma é inconstitucional, mas ainda não foi retirada do mundo jurídico.

Quanto à medida cautelar determinada pela Decisão 01794/2022 – 2ª Câmara, essa deixa de subsistir quando do presente julgamento, diante ao caráter interino das medidas cautelares.

Ante todo o exposto, acompanhando parcialmente o 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, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Colegiada, ante as razões expostas:

1. Considerar PROCEDENTE a representação, , nos termos dos artigos 186 e 178, inciso II do Regimento Interno, considerando o pagamento de vencimentos a servidores públicos em período vedado pela lei complementar n. 173/2020 (item 2.1 do voto), deixando, contudo, de sancionar o responsável, devido à ausência de dolo e/ou erro grosseiro, nos termos do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro.

2. DETERMINAR, nos moldes do art. 2º da instrução normativa n. 32/2014, a adoção de medidas administrativas com o objetivo de apurar os fatos, identificar os responsáveis, quantificar o dano e obter o respectivo ressarcimento, haja vista o

pagamento de vencimentos a servidores públicos em período vedado pela lei complementar n. 173/2020 (item 2.1 do voto). Encaminhar o resultado ao TCEES no prazo de 30 dias;

3. DAR CIÊNCIA aos interessados.

4. DAR CIÊNCIA ao Sr. Procurador-Geral de Justiça acerca desse *decisum*, para eventuais providências quanto à inconstitucionalidade da norma.

1. Após os tramites regimentais, **arquivar os autos**.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA
Conselheiro

VOTO RETIFICADO DO RELATOR

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 Euzébio 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 Euzébio 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;

Ato contínuo, não obstante o voto vista do Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti (doc. 62), prolatei o voto vencedor (doc. 61) que resultou no Acórdão TC n. 1345/2022 (doc. 64), nestes termos:

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.

Ato contínuo, os autos seguiram para análise do mérito, a qual foi realizada por meio do voto de minha lavra (doc. 68), cuja conclusão foi a seguinte:

- 4.** Considerar **PROCEDENTE** a representação, , nos termos dos artigos 186 e 178, inciso II do Regimento Interno, considerando o pagamento de vencimentos a servidores públicos em período vedado pela lei complementar n. 173/2020 (item 2.1 do voto);
- 5.** Aplicar **MULTA** ao **Sr. Enivaldo Euzebio dos Anjos**, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) com base no art. 135, inc. III da lei complementar n. 621/2012 c/c art. 389, inc. III do RITCEES, em virtude da irregularidade descrita no item 2.1 do voto;
- 6. DETERMINAR**, nos moldes do art. 2º da instrução normativa n. 32/2014, a adoção de medidas administrativas com o objetivo de apurar os fatos, identificar os responsáveis, quantificar o dano e obter o respectivo ressarcimento, haja vista o pagamento de vencimentos a servidores públicos em período vedado pela lei complementar n. 173/2020 (item 2.1 do voto). Encaminhar o resultado ao TCEES no prazo de 30 dias;
- 7. CESSAR** o pagamento indevido de vencimentos a servidores públicos decorrentes da irregularidade transcrita no item 2.1 do voto, haja vista o incidente de inconstitucionalidade e a ilegalidade da lei n. 1017/2021, conforme Acórdão TCEES n. 1345/2022 (doc. 64);
- 8. DAR CIÊNCIA** aos interessados.
- 9.** Após os tramites regimentais, **arquivar os autos**.

Contudo, antes de partir para a decisão do colegiado, foi interposto voto vista do Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti (doc. 72), em que propõe:

1. Considerar **PROCEDENTE** a representação, , nos termos dos artigos 186 e 178, inciso II do Regimento Interno, considerando o pagamento de vencimentos a servidores públicos em período vedado pela lei complementar n. 173/2020 (item 2.1 do voto), **deixando, contudo, de sancionar o responsável, devido à ausência de dolo e/ou erro grosseiro, nos termos do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro.**

2. **DETERMINAR**, nos moldes do art. 2º da instrução normativa n. 32/2014, a adoção de medidas administrativas com o objetivo de apurar os fatos, identificar os responsáveis, quantificar o dano e obter o respectivo ressarcimento, haja vista o pagamento de vencimentos a servidores públicos em período vedado pela lei complementar n. 173/2020 (item 2.1 do voto). Encaminhar o resultado ao TCEES no prazo de 30 dias;

3. **DAR CIÊNCIA** aos interessados.

4. **DAR CIÊNCIA** ao Sr. Procurador-Geral de Justiça acerca desse *decisum*, para eventuais providências quanto à inconstitucionalidade da norma.

5. Após os tramites regimentais, **arquivar os autos.**

É o relatório. Passo a fundamentação.

1. 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 (item 2 da Instrução Técnica Conclusiva – doc. 54);

- 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 (item 3.1 da Instrução Técnica Conclusiva – doc. 54).

No tocante ao incidente de inconstitucionalidade, conforme mencionado neste voto na parte introdutória, foi acolhido 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, além de se reconhecer que a Lei Municipal n. 1.017/2021, de 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, conforme fundamentação disposta no voto de minha relatoria (doc. 61), *in verbis*:

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, de 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.

Deste modo, em voto de minha lavra (doc. 68) analisei a irregularidade decorrente da aplicação da Lei Municipal n. 1017/2021, ou seja, quanto aos pagamentos de vencimentos a servidores em período vedado pela lei complementar n. 173/2020, inobservando o art. 8º, incs. II e IV (item 3.1 da Instrução Técnica Conclusiva – doc. 54).

Desta análise, qua abaixo transcrevo, incremento quanto ao pontos questionados no voto vista (doc. 72), Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti, em que, em síntese, propugnou pela retirada da aplicação da multa (item 2 do voto – doc. 68) e por não cessar o pagamento indevido realizado aos servidores (item 4 do voto – doc. 68).

2.1. Pagar Vencimentos a Servidores Públicos em Período Vedado pela Lei Complementar n. 173/2020 (item 3.1. da ITC n. 3095/2022 – doc. 54)

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

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

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 (promulgada em 22/02/2021⁶) 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, 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):

3 DO INDÍCIO DE IRREGULARIDADE

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;

[...]

DA ANÁLISE

Conforme noticiado pela peça inicial e verificado no Portal de Transparência do ente fiscalizado, servidores foram nomeados para o provimento dos cargos criados pelo art. 2º da Lei sob exame, tendo estas nomeações sido efetuadas no período em que se encontrava em pleno vigor a vedação imposta pelo art. 8º, inciso VI, da Lei Complementar n. 173, de 27 de maio de 2020, que proíbe, até 31/12/2021, a nomeação de servidores comissionados, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, direção e assessoramento que não acarretem aumento de despesa, o que não ocorreu no caso em tela, por se tratarem de provimento originário dos respectivos cargos.

Constata-se nas defesas apresentadas que o mesmo se atém a alegar o cumprimento do limite de pessoal pelo município,

⁶ <http://www3.barradesaofrancisco.es.leg.br/legislacao/norma.aspx?id=6797&numero=1017>

nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal, o que, segundo ele, permitiria a criação e preenchimento dos cargos comissionados e o conseqüente aumento nominal das despesas de pessoal do ente, provocado pela edição da Lei n. 1.017/2021.

No entanto, a Lei 173/2020 não traz proibição de aumento no limite de gastos com pessoal e sim, veda o aumento nominal destes gastos, o que não foi devidamente combatido pelo gestor responsável.

Além disto, o gestor afirma que a lei municipal nº 1.017, de 22.02.2021 é clara e objetiva com as atribuições descritas de forma simples sendo que os cargos criados são necessários para a estrutura administrativa eis que assessoram diretamente o Chefe do Poder Executivo em questões administrativas, e por fim afirmam que as atribuições dos três cargos criados são distintos, e que as normas legais devem ser mantidas pelo intérprete, somente sendo afastadas em última instância, quando claramente inconstitucionais, entretanto, não encartam quaisquer provas que corroborem com tais afirmativas.

Nesta seara, considerando que o art. 8º da Lei Complementar n. 173/2020 não traz qualquer limitação temporal acerca do cumprimento dos seus preceitos, nem mesmo excepciona a proibição de aumento de despesas com pessoal, quando do cumprimento do limite previsto na LRF, uma vez que esta lei federal se reporta a um percentual calculado com base na receita corrente líquida, tendo a mesma, portanto, fator incisivo para o resultado deste limite.

Também há de se salientar que o aumento na receita impacta diretamente no limite de pessoal previsto na lei de responsabilidade fiscal, inclusive, mesmo que o gasto desta natureza tenha aumentado, o concomitante aumento da receita, por si só, pode acarretar no cumprimento deste limite.

Nesta linha, não seria razoável aguardar o ciclo de análise quadrimestral ou semestral dos limites da LRF para se verificar que os atos emitidos resultaram ou não em aumento de despesa com pessoal, especialmente, se considerarmos os motivos que levaram à edição da norma federal e o quadro pandêmico existente à época.

Sob esse prisma, cabe trazer à lume trecho do Acórdão 3255/201, por meio do qual o Tribunal de Contas do Estado do Paraná, em resposta à Consulta formulada, elucida de forma insofismável a questão suscitada pelo gestor:

“[...] Primeiro questionamento: O aumento de despesa previsto nos incisos II, III e IV, do art. 8º da Lei Complementar nº 173/2020, refere-se aos limites percentuais previstos nos arts. 19 e 20, da Lei nº 101/2000, ou ao aumento nominal da despesa de pessoal no período de implementação?

Reconhecida a calamidade pública pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembleias

Legislativas, nas hipóteses dos Estados ou Municípios, aplica-se referido artigo 8º:

Art. 8º. Na hipótese de que trata o art. 6520 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de: (...)

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

III - alterar estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

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

Já a LC 101/2000 estabelece:

Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

I - União: 50% (cinquenta por cento);

II - Estados: 60% (sessenta por cento);

III - Municípios: 60% (sessenta por cento). (...)

Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:

I - na esfera federal:

a) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União;

b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;

c) 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo, destacando-se 3% (três por cento) para as despesas com pessoal decorrentes do que dispõem os incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e o art. 31 da Emenda Constitucional no 19, repartidos de forma proporcional à média das despesas relativas a cada um destes dispositivos, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar;

d) 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público da União;

II - na esfera estadual:

a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado;

- b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;
- c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo;
- d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;

III - na esfera municipal:

- a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver;
 - b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.
- (...)

O artigo 169 da Constituição Federal disciplina que “a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar”.

Tais limites foram discriminados no artigo 19 da Lei de Responsabilidade Fiscal, sendo que o seu artigo 20 apenas dispôs acerca dos percentuais que não podem ser excedidos quando da repartição daqueles marcos globais. Denota-se, da leitura do artigo 8º da LC 173/2020, que não há qualquer menção ou referência aos índices dispostos nos artigos 19 e 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Um preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do ordenamento para que se possibilite a preservação da coerência.

Deve-se levar em consideração que, numa interpretação teleológica, há a possibilidade de sempre se atribuir um propósito às normas. No caso em tela, a finalidade pretendida pelo legislador é cristalina; visando minimizar o impacto futuro sobre as finanças públicas, decidiu-se coibir o crescimento de gastos com pessoal e a criação de despesas obrigatórias até 31/12/2021.

Como bem observado pela Coordenadoria Geral de Fiscalização²¹, “a nova norma não traz limitação temporal e não há como prever agora os percentuais de despesa com pessoal de 1 (um), 2 (dois) ou 3 (três) anos futuros. Logo, não teria lógica razoável aguardar três anos e verificar que os atos emitidos nos 180 dias finais do mandato anterior resultaram em aumento no terceiro ano do mandato seguinte, para então promover-se a anulação daqueles atos”.

Entendo, portanto, que há vedação de aumento nominal (a expedição de atos que criem despesas independentemente da variação percentual da despesa total com pessoal), ressalvadas as exceções previstas legalmente.

[...]

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto

do Relator, Conselheiro IVAN LELIS BONILHA, por unanimidade, em:

I - Conhecer a Consulta formulada, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade, para, no mérito, respondê-la nos seguintes termos:

(i) O AUMENTO DE DESPESA PREVISTO NOS INCISOS II, III E IV, DO ARTIGO 8º DA LC 173/2020 REFERE-SE AO AUMENTO NOMINAL DA DESPESA COM PESSOAL;

[...]” (GNN)

Não quis o legislador federal, com aquelas medidas, engessar a administração. Como exposto no Parecer Referencial nº 8/2020/PGCONS2, da Procuradoria-Geral do Distrito Federal:

“(…) não se vislumbra óbice aos rearranjos que a Administração Pública, não raro, se encontra na contingência de realizar no que diz com os cargos de chefia, direção e assessoramento, para se acomodar às necessidades sempre dinâmicas do complexo aparelho estatal, consistentes na transformação ou realocação de cargos, como, por exemplo, na transformação de um cargo em comissão anteriormente ocupado em dois outros com remunerações inferiores, desde que a soma das despesas com os novos cargos não ultrapassem a despesa do cargo objeto da transformação”. (GNN)

Nesse sentido, para atender aos ditames da lei federal sem burla às suas vedações, ao propor a criação dos referidos cargos, de urgência e relevância para o Município, caberia ao Chefe do Poder Executivo Municipal, no mesmo ato, propor a extinção de outros, menos relevantes na ocasião, capazes de compensar o acréscimo nominal da despesa resultante dos cargos criados, o que não foi observado no caso sob exame.

Na linha dos entendimentos expostos, respondendo aos quesitos 9 e 10 da consulta formulada, também normatizou nosso Tribunal no Parecer Consulta 10/2021 sobre a necessidade de se realizar rearranjo nos cargos do ente para que seja afastada a peche de aumento de despesa:

1.1.9. Para que seja possível a realização de concurso público para “reposição”, é necessário que o cargo já tenha sido preenchido e se encontre vago ou cargos nunca preenchidos também permitem a realização do concurso?

Resposta: As exceções às vedações de práticas de atos previstas na lei referente à gestão dos serviços públicos foram previstas para dar conformidade ao princípio federativo, preservando a autonomia de gestão dos entes federados, e a conveniência administrativa dela decorrente, necessária para proverem a prestação de serviços públicos.

(...)

Portanto, uma interpretação integrada e coesa das prescrições dos incisos II, IV e V do artigo 8º da LC 173/20 permite que sejam providos cargos efetivos novos, criados a partir do ato de transformação, o que, por sua vez, faz atrair o método teleológico, para afastar contradições e maximizar a preservação do princípio federativo, a partir da qual deve ser compreendido pela possibilidade de realização de concurso público para provimento de cargo efetivo nunca antes provido, mas criado antes do advento da LC 173/20.

Em outras palavras, entende-se que o legislador tenha visado, por um lado, restringir a criação de novos cargos e empregos públicos e, por outro, permitir o provimento daqueles já criados no momento de publicação da Lei Complementar n. 173/2020 – independentemente de já terem sido ocupados anteriormente ou não.

Assim, a possibilidade de reposição de vacância deve ser entendida de forma mais ampla como a possibilidade de provimento de cargos e empregos públicos vagos no momento de publicação da lei, aplicando-se a vedação ao provimento dos cargos e empregos criados após essa publicação.

1.1.10. Considera-se “reposição” o cargo que decorre de uma transformação administrativa, ou seja, a vacância do cargo anterior se transmite para o cargo transformado?

Resposta: É razoável interpretar como reposição o preenchimento de cargo derivado da transformação de outro, que foi extinto.

É importante deixar registrado que o simples preenchimento de um cargo vago, efetivo ou em comissão, por meio de reposição já pode redundar em majoração de despesas se, por exemplo, tal cargo já estivesse desocupado antes da LC 173/2020. Contudo, em se tratando de cargo em comissão, há expressa proibição de que eventuais reposições acarretem aumento de despesa e, portanto, o provimento de cargo em comissão derivado da transformação de outro já encontra esse óbice legal, coincidente com a condição imposta nos incisos II e III, do artigo 8º (criação de cargo, emprego ou função e alteração de carreira).

No entanto, em se tratando de reposição de cargo efetivo, como já vimos, não há essa condicionante relativa ao incremento de despesa, de forma que, para viabilizar o provimento de cargo efetivo decorrente da transformação de outro, faz-se necessária uma interpretação sistemática do inciso IV com os incisos II e III do artigo 8º, transportando para as reposições decorrentes dessa hipótese o limitador da proibição de aumento de despesa existente para a criação de cargo, emprego ou função,

bem como alteração de carreira, sob pena de violação à LC 173/2020.

Importa ressaltar, por fim, que somente a avaliação do caso concreto poderá atestar a legalidade de processo de modificação da estrutura organizacional por meio da transformação de cargos, não perpassando pela análise efetuada nesta Consulta.

Pelas razões expostas, evitando-se a repetitividade, nos remetemos aos demais fundamentos de fato e de direito apontados no item 2 da presente peça, os quais revelam a hipótese de afronta ao art. 8º, incisos II, III e IV, da LC 173/2020, bem como indicam que o art. 2º da Lei n. 1.017, de 22 de fevereiro de 2021, se apresenta nulo de pleno direito.

Inegável, portanto, que o art. 2º da Lei n. 1.017/2021, que criou 03 (três) cargos de provimento em comissão na estrutura recém-criada da Superintendência Geral Administrativa e de Controle de Barra de São Francisco, e o respectivo provimento desses cargos, sem a extinção de nenhum outro cargo em contrapartida, violou frontalmente os incisos II, III e IV do art. 8º da Lei Complementar n.173, de 27 de maio de 2020, que assim dispõem:

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

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

III - alterar estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

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

Ademais, considerando que as provas para responsabilização do prefeito foram encartadas nestes autos e se apresentam

amplamente divulgadas no Portal de Transparência da prefeitura, e recai na pessoa do agente público responsabilizado a obrigação de trazer aos autos argumentos e provas para comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do representante, sobretudo, pela ausência de quaisquer provas que venham a corroborar com as afirmativas da defesa, nem mesmo nenhuma inovação por parte do gestor em suas argumentações quanto à irregularidade ora imputada, **tem-se no presente caso como mantida a irregularidade**, também reprimida pelo texto constitucional, como anteriormente explicitado no item 2 desta peça.

De acordo com o apurado pela área técnica, cujo posicionamento conclusivo foi acompanhado pelo Ministério Público de Contas, vê-se 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 e IV da lei complementar n. 173/2020, gerando aumento de despesa no período vedado por esta norma.

Em síntese, é incontroverso que a lei municipal em comento, promulgada em 22/02/2021⁷, promoveu a criação de cargos, além de possibilitar a admissão de pessoal que implicaram em aumento de despesa. Deste modo, a inserção da norma municipal no ordenamento jurídico em 22/02/2021⁸, ocorreu em período vedado pela lei complementar federal que foi de 28/05/2020 a 31/12/2020, inobservando os incisos II e IV, art. 8º da lei complementar n. 173/2020.

Ademais, acolho também o posicionamento da área técnica de que a vedação de aumento de despesa previsto na lei complementar n. 173/2020, trata-se de proibição de aumento nominal, não guardando correlação com o limite de gastos com pessoal da lei de responsabilidade fiscal. São metodologias distintas, sendo que ambas devem ser observadas pelo gestor.

⁷ <http://www3.barradesaofrancisco.es.leg.br/legislacao/norma.aspx?id=6797&numero=1017>

⁸ <http://www3.barradesaofrancisco.es.leg.br/legislacao/norma.aspx?id=6797&numero=1017>

Nesse diapasão, entendo que o art. 2º da lei n. 1017/2021 é eivado de ilegalidade, por inobservância ao art. 8º, incs. II e IV da lei complementar n. 173/2020, devendo o gestor adotar medidas para cessar imediatamente os pagamentos derivados desta norma, a contar da publicação do Acórdão TC n. 1345/2022 (doc. 64).

Desta forma é irregular o pagamento de vencimentos a servidores públicos em período vedado pela lei complementar n. 173/2020 (item 2.1 do voto), haja vista que a criação e a admissão de pessoal com base no art. 2º da lei n. 1017/2021 promoveu ao aumento de despesa em período vedado pela lei complementar n. 173/2020, especialmente em seu art. 8º, incisos II e IV;

Inobstante, em face da ocorrência de pagamentos indevidos, devem ser adotadas medidas administrativas com o objetivo de apurar os fatos, identificar os responsáveis, quantificar o dano e obter o respectivo ressarcimento, conforme previsto no art. 2º da instrução normativa n. 32/2014.

Nesta esteira, cabe ao gestor observar durante a adoção das medidas administrativas, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança 25.641/DF e mencionado no julgamento do recurso de reconsideração do autos TC n. 1448/2022⁹, que a dispensa de devolução de valores percebidos indevidamente por servidor não depende, apenas, da existência de boa-fé, mas sim, exige a presença concomitante de quatro requisitos, quais sejam: I) presença de boa-fé do servidor; II) ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada; III) existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada; e IV) interpretação razoável, embora errônea, da lei pela administração.

Dovante, passo a analisar os pontos defendidos no voto vista (doc. 72), de autoria do Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti, os quais são interligados com a irregularidade narrada neste item:

2.1.1. Da Sanção ao Responsável

⁹ <https://www.tcees.tc.br/jurisprudencia/detalhar-excerto/?id=15212>

O voto vista (doc. 72) busca arrimo na LINDB, ao mencionar que o responsável somente pode ser multado em caso de dolo ou erro grosseiro e informa que a conduta está bem caracterizada, nestes termos:

Assim, para que a responsabilização do gestor público siga os parâmetros legais, é preciso que a sua conduta tenha sido praticada de forma dolosa, ou que represente erro grosseiro. Dessa forma, recorrendo à peça acusatória, a saber, a Instrução Técnica Inicial n. 60/2022, não se verifica essa imputação ao gestor público.

Enquanto a conduta é descrita simplesmente como “Pagar vencimentos a servidores públicos comissionados criados mediante aplicação de norma inconstitucional e nula de pleno direito”, o nexos causal é assim descrito: “na qualidade de ordenador de despesas, ao pagar vantagem a servidores públicos criados em período vedado pela LC 173/2020 com base em norma eivada de vício de inconstitucionalidade e nula de pleno direito, realizou a irregularidade”.

Ou seja, não consta qualquer menção à presença desses elementos, não sendo possível responsabilização do gestor público. No presente caso, ao contrário, o que se verifica é que os pagamentos foram realizados ancorados em lei municipal, que só posteriormente foi considerada inconstitucional por esta Corte de Contas. Nesses termos, afasto a responsabilização/sancionamento do gestor.

Dessa maneira, há dois pontos a serem debatidos, que são: se houve erro grosseiro e se a conduta e o nexos causal estão bem descritos.

Primeiro, buscamos arrimo na definição de erro grosseiro em processo do próprio TCEES¹⁰

¹⁰ Acórdão 008/2019, proc. TC n. 5483/2018.

Primeiramente, é imperioso reconhecer que erro grosseiro é o contrário de erro escusável, sendo, portanto, injustificável por ofender conhecimentos ou deveres elementares e, mesmo que a lei não tenha dito, advém de uma ação culposa que pode ser decorrente de uma atitude imprudente, negligente ou imperita, e não de um mero equívoco justificável.

(...) Esta noção de erro grosseiro está intimamente ligada ao de culpa grave e, sendo assim, revela que a inovação legislativa está em plena harmonia com o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, ao avaliar o elemento subjetivo do ato culposo de improbidade administrativa, tratado no art. 10, da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), firmou o mesmo pensamento :(...)

Nota-se, então, que o art. 28 da LINDB está em consonância com entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Assim, nos feitos submetidos a esta Corte, se identificada uma situação de dolo comprovado ou erro grosseiro ou, ainda, culpa grave, – requisitos exigidos pela LINDB que sinalizam a alta reprovabilidade e censurabilidade do ato praticado – autorizada estará a manutenção de sanções, uma vez que nestes casos, ausentes os elementos excludentes da culpabilidade e da ilicitude da conduta analisada, como a boa-fé expressada pela interpretação equivocada, embora plausível, dos fatos tidos por irregular.

Da jurisprudência mencionada, verifica-se com mediana clareza o conceito e hipóteses do erro grosseiro, sendo que, no caso acima citado não houve responsabilização do parecerista por erro grosseiro por não estarem presentes os elementos deste.

Contudo, no caso presente, o agente responsável é conselheiro aposentado do TCEES, possuindo os conhecimentos necessários para não praticar tal ato grave,

não sendo um mero equívoco justificável. Assim, houve erro grosseiro passível de multa.

Para corroborar o STF entendeu, no julgamento da ADI 6421¹¹ que caracterizam o erro grosseiro a inobservância de normas e critérios científicos e técnicos, bem como dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

No tocante à descrição da conduta e do nexa causal, verifico completa, clara e coesa, ao contrário da interpretação dada no voto vista (doc. 72), pois, a meu ver foram corretamente identificadas na Instrução Técnica Inicial (doc. 34):

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

Conduta: Pagar vencimentos a servidores públicos comissionados criados mediante aplicação de norma inconstitucional e nula de pleno direito.

Nexo causal: na qualidade de ordenador de despesas, ao pagar vantagem a servidores públicos criadas em período vedado pela LC 173/2020 com base em norma eivada de vício de inconstitucionalidade e nula de pleno direito, realizou a irregularidade.

Desta maneira, em dissonância com o voto vista, mantenho a proposta de sanção.

2.1.2. Da Determinação Quanto à não Aplicação da Lei Inconstitucional

No voto vista (doc. 72) há explanação, em resumo, de que o TCEES não pode exercer o controle de constitucionalidade com efeitos vinculantes, haja vista o mandado de segurança STF 35.410.

Esse questionamento já foi enfrentado pelo TCEES nos autos TC n. 2943/2020¹² onde se constatou que o mandado de segurança 35.410 STF não vetou o poder de controle de constitucionalidade no caso concreto, conferido aos tribunais de contas por meio da súmula STF 347, conforme se observa:

¹¹ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>

¹² <https://www.tcees.tc.br/jurisprudencia/detalhar-excerto/?id=15124>

1.1.4. O julgamento do Mandado de Segurança nº 35.410/DF pelo Supremo Tribunal Federal alterou os efeitos dados as decisões dos Tribunais de Contas sobre a análise da constitucionalidade de leis e atos do poder Público? Explique.

*Não. Conforme já explicitado nos itens anteriores, o julgamento do Mandado de Segurança nº 35.410/DF, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, em nada alterou os efeitos das decisões dos Tribunais de Contas em relação ao controle difuso de constitucionalidade, valendo lembrar que a transcendência de seus efeitos para além do caso concreto apreciado é proibida, não devendo ser generalizada e atribuída a todas as decisões que realizam o exame concreto de constitucionalidade, mas sim, ser averiguada individualmente. Deste modo, eventual decisão proferida em um processo desta Corte, em sede de controle incidental de constitucionalidade, no sentido de se negar exequibilidade a um determinado ato normativo, na apreciação de um dado caso concreto, não poderá ser estendida a outros casos, estranhos ao feito. **[grifo nosso]***

Contudo, mesmo entendendo ser prudente que se cessem os pagamentos, me filio ao voto vista no ponto em que para atuarmos na paralização dos pagamentos precisamos ter os valores concretos inerentes ao caso, sob pena de transgredirmos a competência do controle de constitucionalidade conferida aos tribunais de contas. Assim, entendo mais prudente primeiro a adoção de medidas administrativas constantes no item 3 do voto (doc. 68) e a retirada do item 4 do voto (doc. 68):

3. DETERMINAR, nos moldes do art. 2º da instrução normativa n. 32/2014, a adoção de medidas administrativas com o objetivo de apurar os fatos, identificar os responsáveis, quantificar o dano e obter o respectivo ressarcimento, haja vista o pagamento de vencimentos a servidores públicos em período vedado pela lei complementar n. 173/2020 (item 2.1

do voto). Encaminhar o resultado ao TCEES no prazo de 30 dias;

Ante todo o exposto, acompanhando parcialmente o entendimento da Área Técnica, do Ministério Público de Contas e do voto vista, 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 Colegiada, ante as razões expostas pelo Relator:

2. Considerar **PROCEDENTE** a representação, , nos termos dos artigos 186 e 178, inciso II do Regimento Interno, considerando o pagamento de vencimentos a servidores públicos em período vedado pela lei complementar n. 173/2020 (item 2.1 do voto);
3. Aplicar **MULTA** ao **Sr. Enivaldo Euzebio dos Anjos**, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) com base no art. 135, inc. III da lei complementar n. 621/2012 c/c art. 389, inc. III do RITCEES, em virtude da irregularidade descrita no item 2.1 do voto;
4. **DETERMINAR**, nos moldes do art. 2º da instrução normativa n. 32/2014, a adoção de medidas administrativas com o objetivo de apurar os fatos, identificar os responsáveis, quantificar o dano e obter o respectivo ressarcimento, haja vista o pagamento de vencimentos a servidores públicos em período vedado pela lei complementar n. 173/2020 (item 2.1 do voto). Encaminhar o resultado ao TCEES no prazo de 30 dias;
5. **DAR CIÊNCIA** aos interessados.
6. Após os tramites regimentais, **arquivar os autos**.

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

1. ACÓRDÃO TC- 327/2023-8

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

1.1 Considerar **PROCEDENTE** a representação, nos termos dos artigos 186 e 178, inciso II do Regimento Interno, considerando o pagamento de vencimentos a servidores públicos em período vedado pela lei complementar n. 173/2020 (item 2.1 do voto), **deixando, contudo, de sancionar o responsável, devido à ausência de dolo e/ou erro grosseiro, nos termos do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro.**

1.2 DETERMINAR, nos moldes do art. 2º da instrução normativa n. 32/2014, a adoção de medidas administrativas com o objetivo de apurar os fatos, identificar os responsáveis, quantificar o dano e obter o respectivo ressarcimento, haja vista o pagamento de vencimentos a servidores públicos em período vedado pela lei complementar n. 173/2020 (item 2.1 do voto). Encaminhar o resultado ao TCEES no prazo de 30 dias;

1.3 DAR CIÊNCIA aos interessados.

1.4 DAR CIÊNCIA ao Sr. Procurador-Geral de Justiça acerca desse *decisum*, para eventuais providências quanto à inconstitucionalidade da norma.

1.5 Após os tramites regimentais, **arquivar os autos.**

2. Por maioria, nos termos do voto vista do Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti, parcialmente vencido o relator, conselheiro Domingos Augusto Taufner, que votou pela procedência da representação com aplicação de multa ao responsável.

3. Data da Sessão: 14/04/2023 - 12ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões