



Decisão 02094/2023-5 - 2ª Câmara

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 07756/2022-5

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UGs: PMCB - Prefeitura Municipal de Conceição da Barra, PREVICOB - Instituto de Previdência Social Dos Servidores do Município de Conceição da Barra

Relator: Marco Antônio da Silva

Representante: CLEMILDITON ALVES DE OLIVEIRA

Responsável: WALYSON JOSE SANTOS VASCONCELOS, MARIO LUIZ DA SILVA JUNIOR

Terceiro interessado: Unidade Gestora (Câmara Municipal de Conceição da Barra)

CONTROLE EXTERNO – REPRESENTAÇÃO – MEDIDA CAUTELAR – INDEFERIMENTO – INSTRUÇÃO DO FEITO SOB O RITO ORDINÁRIO.

A presença do *periculum in mora reverso* afasta a possibilidade de deferimento da medida cautelar, impondo-se a necessidade de instrução do feito para esgotamento da matéria em apreço.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA:

Tratam os presentes autos de **REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR**, formulada pela Controladoria da Câmara Municipal de Conceição da Barra, perante este Egrégio Tribunal de Contas, em face do Poder Executivo daquele ente federado, aduzindo a ocorrência de transgressão ao ordenamento pátrio ante a forma como conduzida a reestruturação do Instituto de Previdência Social dos Servidores do Município de Conceição da Barra mediante a

elaboração e propositura do Projeto de Lei Complementar nº 03/2022, que aprovada e publicada como Lei Complementar Municipal nº 067, de 1º de abril de 2022.

Do compulsar a matéria em voga, vê-se que o cerne da presente Representação se dá no sentido de que ao propor a reestruturação do Instituto de Previdência dos Servidores de Conceição da Barra, o Poder Executivo daquele ente deixou de observar as regras de provimento de cargos públicos, bem como aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101/2000.

Alega a Representante que, da forma como constituída a reestruturação da sobredita Autarquia Municipal, houve a criação de cargos em comissão sem a devida observância dos requisitos fixados pelo ordenamento pátrio.

Assim, a Representante requer deste Egrégio Tribunal de Contas o conhecimento da presente Representação para: I) a abertura de incidente de inconstitucionalidade, a fim de que sejam suspensos os efeitos da Leis Complementares Municipal nº 28/2012 e 067/2022, e, II) no mérito, a expedição de recomendação à propositura de novo Projeto de Lei dispondo sobre a reestruturação da referida Autarquia Municipal, incluindo-se a presença de um controle interno próprio.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade da Representação em voga, fora expedida a Decisão Monocrática 00620/2023-4 conhecendo da mesma, bem como determinando a notificação dos Representados com a consequente instrução do feito pelo corpo técnico desta Egrégia Corte de Contas.

Submetido o feito à análise, a área técnica, por meio do Núcleo de Controle Externo de Fiscalização de Pessoal e Previdência – NPPREV, nos termos da Manifestação Técnica de Cautelar 00083/2023-3, concluiu que não foram devidamente preenchidos os requisitos autorizados de concessão da medida cautelar, aqui pleiteada, opinando pela submissão da matéria em voga ao rito ordinário.

Conforme regular distribuição vieram os autos a este Magistrado de Contas para emissão de relatório e voto para efeito de deliberação do Colegiado, na forma do art. 29 do Regimento Interno, Resolução TC 261/2013.

É o sucinto relatório.

VOTO

Cuida, pois, a presente Representação de pretensa irregularidade, sendo juntados aos presentes autos documentos que devem ser analisados, a fim de firmar convicção.

1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

O juízo de admissibilidade da Representação em comento fora realizado, por este Relator, nos termos da Decisão Monocrática 00620/2023-4, cuja fundamentação reitero nesta ocasião.

Da análise dos autos, vislumbra-se que o corpo técnico desta Egrégia Corte de Contas ao compulsar as informações e documentos aqui constantes, nos termos da Manifestação Técnica de Cautelar 00083/2023-3, concluiu pelo indeferimento da cautelar pleiteada, apresentando a seguinte proposta de encaminhamento, vejamos:

[...]

Feitas tais considerações, passemos à análise dos fundamentos e pressupostos da cautelar.

2.1 Do suposto descumprimento ao art. 16, I, Lei de Responsabilidade Fiscal

Em que pese as explicações do gestor, que trouxe planilhas da repercussão financeira da Lei Complementar Municipal nº 67/2022, o art. 16 da LRF estabelece a obrigatoriedade das informações de planejamento **acompanharem o respectivo ato** de criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa, conforme o disposto nos arts. 16, incisos I e II, e 17, ambos da Lei de Responsabilidade Fiscal, segundo os quais:

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de **ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:**

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

[...]

§ 2º A estimativa de que trata o inciso I do caput será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

§ 1º Os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o *caput* deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio. **(GNN)**

Sob esse prisma, há indício suficiente a revelar que o ato normativo sob exame teria sido encaminhado para a Câmara de Conceição da Barra em desacordo com o estabelecido na LRF, conforme notícia o representante.

Contudo, em que pese o indício apontado, **não se vislumbra**, em sede de análise dos fundamentos e pressupostos da cautelar, **motivo suficiente para que esta Corte interfira na gestão e, conseqüentemente, na política pública levada à efeito pelo PREVICOB**, sobretudo pelo fato da Lei Complementar Municipal nº 067 ter sido aprovada em 1º de abril de 2022, a mais de 1 (um) ano, portanto, podendo a matéria ser objeto de análise no curso da instrução processual, sob o rito ordinário, nos termos do art. 295 e ss. do Regimento Interno deste TCEES.

2.2 Da suposta inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº 067, de 01 de abril de 2022 - criação e provimento de cargos em comissão para desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais, não caracterizadas como de direção, chefia ou assessoramento.

A fim de possibilitar uma visão exauriente da matéria, reproduz-se as atribuições dos cargos impugnados, conforme disposto na Lei Complementar Municipal nº 067, de 01 de abril de 2022:

[...]

Numa análise perfunctória dos dispositivos acima transcritos, verifica-se a existência de atribuições e competências absolutamente incompatíveis com os ditames constitucionais para cargos de provimento em comissão.

As atividades atribuídas ao **Coordenador Previdenciário** e **Coordenador de Arquivo**, por exemplo, não apresentam afinidade com atribuições de direção, chefia ou assessoramento, exigindo, como bem destacou o representante, conhecimento de caráter técnico, administrativo e operacional, os quais podem ser aferidos mediante a realização de concurso público.

Do mesmo modo, as atividades atribuídas ao **Assistente Operacional de Serviços** (*varrer, podar, cortar, limpar, lavar, preparar, servir, transportar, caminhar, subir escadas, operar, manusear, arrumar, organizar, executar, controlar, carregar e descarregar etc*) e ao **Assistente Técnico de Serviços** (*atendimento interno e externo, redação de documentos, organização e arquivos de documentos e processos afins etc*) possuem natureza meramente operacional, de igual modo, incompatível com a natureza dos cargos de provimento em comissão.

Por sua vez, as atividades atribuídas aos cargos de **Coordenador Financeiro** e **Coordenador Administrativo** apesar de demasiadamente genéricas, possuem características técnicas, devendo, do mesmo modo, ser executadas por servidores efetivos.

Por fim, as atividades atribuídas ao **Coordenador de Benefícios** também exigem conhecimento de caráter técnico, sem qualquer afinidade com atribuições de direção, chefia ou assessoramento, devendo ser desempenhada por servidor efetivo.

Portanto, por se tratarem de tarefas burocráticas, técnicas e operacionais, que movimentam a máquina administrativa do órgão, as atividades acima descritas não podem ser atribuídas a cargos de provimento em comissão, sendo absolutamente dispensável a estreita relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado para o seu exercício.

Por esta razão, não encontra guarida em nosso ordenamento jurídico a criação arbitrária de cargos em comissão para o exercício de funções que fogem ao seu caráter singular de direção, chefia ou assessoramento, burlando a exigência constitucional de prévio concurso público.

As atribuições dos aludidos cargos deixam evidente o desempenho de atividades de caráter estritamente burocrático, técnico ou operacional, incompatíveis com as atribuições de direção, chefia e assessoramento, consoante art. 37, inciso V, da Constituição Federal, e art. 32, inciso

V, da Constituição do Estado do Espírito Santo, devendo ser conferidas a servidores efetivos, admitidos por meio de concurso público, na forma do art. 37, inciso II, da Carta Magna.

Assim dispõem os incisos II e V do art. 37 da Constituição Federal:

Art. 37. **A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (GNN)

Na lição do Min. Celso de Mello:

A razão subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o poder público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros.** (ADI 2.364, rel. min. Celso de Mello, j. 17-10-2018, P, DJE de 7-3-2019.) (GNN)

Conforme se depreende da decisão prolatada no Recurso Extraordinário 1.041.210, **com repercussão geral reconhecida**, julgado pelo STF em 28/9/2018, a criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, **não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais.**

É o que se extrai do **Tema 1010**, cuja tese fixada foi a seguinte:

- a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;
- b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;
- c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e
- d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.

Como se observa da tese fixada pela Suprema Corte, além de não se prestar ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais, a criação de cargos em comissão **deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado.**

Ora, como justificar a **necessária relação de confiança** entre a autoridade nomeante e os servidores nomeados para cargos cujas atribuições passam por: *varrer, podar, cortar, limpar, redigir documentos, organizar arquivos, responder pela exatidão das condições exigidas para a concessão de benefícios aos segurados, organizar tarefas técnicas e administrativas para a operacionalização do sistema de compensação previdenciária, executar tarefas necessárias à guarda e conservação dos documentos* dentre tantas outras similares?

Sob esse prisma, há indício suficiente a revelar a ocorrência de **grave ofensa ao interesse público**, conforme noticiado pelo representante, tratando-se de violação direta à própria Carta Política, nos termos do art. 37, incisos II e V, da Constituição Federal, e art. 32, inciso V, da Constituição do Estado do Espírito Santo.

Tal gravame, contudo, não constitui, por si só, pressuposto apto a autorizar a intervenção sumária desta Corte na gestão da autarquia municipal, tornando sem efeito os atos de nomeação para os referidos cargos, com sério risco de colapso do serviço público prestado aos segurados, sobretudo pelo fato da Lei Complementar Municipal nº 067 ter sido aprovada em 1º de abril de 2022, a mais de 1 (um) ano, portanto.

O próprio representante alega que, para conceder a medida, seria necessário, primeiro, reconhecer a inconstitucionalidade da norma, afastando sua executoriedade, sendo indispensável para tanto a regular instrução processual, oportunizando-se a ampla defesa e o contraditório aos agentes.

Assim, **em que pese a gravidade do vício apontado**, que requer uma ação de controle por parte deste Tribunal, **não se vislumbra**, em sede de análise dos fundamentos e pressupostos da cautelar, **risco de ineficácia da decisão de mérito** de forma a amparar uma intervenção sumária desta Corte na gestão administrativa e, conseqüentemente, na política pública levada à efeito pela autarquia previdenciária municipal, podendo a matéria ser objeto de análise após regular instrução processual, sob o rito ordinário, nos termos do art. 295 e ss. do Regimento Interno deste TCEES.

3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, sugere-se ao conselheiro relator:

3.1 Indeferir a medida cautelar pleiteada, visando tornar sem efeito os atos de nomeação dos cargos de provimento em comissão de Coordenador Previdenciário, Coordenador de Arquivo, Assistente Operacional de Serviços, Assistente Técnico de Serviços, Coordenador Financeiro, Coordenador Administrativo e Coordenador de Benefícios, no âmbito do Instituto de Previdência Social dos Servidores Públicos do Município de Conceição da Barra - PREVICOB, diante do caráter de irreversibilidade da medida, com sério risco de colapso do serviço público prestado aos segurados, ressaltando que eventual medida poderá ser adotada no curso do processo, caso presentes os requisitos autorizadores, com base no art. 124 da Lei Orgânica do TCEES;

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

3.3 Dar ciência aos interessados. – g.n.

Vislumbra-se da análise realizada pelo Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF, nos termos da Manifestação Técnica supra transcrita que, no caso em voga, tem-se a presença do *periculum in mora reverso*, implicando, com isto, na impertinência de deferimento da medida cautelar pleiteada.

À vista disto, passa-se à análise dos pressupostos para concessão da medida cautelar.

2. DOS REQUISITOS QUE DEVEM SER OBSERVADOS PARA CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA:

Acerca do tema cautelar, a Lei Complementar 621/2012, em seus artigos 108 e 124, estabelece a competência para concessão de medidas cautelares pelo Tribunal de Contas, *verbis*:

[...]

Art. 108. **O Tribunal poderá suspender, de ofício ou a pedido, inclusive em caráter cautelar, o procedimento licitatório, caso sejam constatadas irregularidades ou ilegalidades, observando-se, no que couber, o disposto nos artigos 100 e 101 e no Título V desta Lei Complementar.**

[...]

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

Parágrafo único. Em caso **de comprovada urgência**, as medidas cautelares poderão ser **determinadas por decisão do Relator, devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal de Contas na primeira sessão subsequente, sob pena de perda da eficácia, nos termos do Regimento Interno.** – g.n.

Neste sentido, quanto à concessão de medidas cautelares pelos Tribunais de Contas, o Excelso Pretório já pacificou o entendimento quanto à competência dos Tribunais de Contas para concessão de medidas cautelares, vez que se mostra atividade intrínseca à consecução da competência constitucionalmente estabelecida aos Tribunais de Contas, conforme precedente materializado no MS 24.510 do Plenário da Suprema Corte.

Os pressupostos de concessão da medida cautelar são aqueles dispostos no artigo 376, I e II do RITCEES, aprovado pela Resolução TC 261/13:

[...]

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

I - **fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio; e**

II - **risco de ineficácia da decisão de mérito.** – g.n.

O inciso I trata, pois, do *fumus boni iuris*, comumente denominado pela doutrina de fumaça do bom direito, definido como sendo o juízo de probabilidade de existência do direito, sendo esse é o entendimento de Marinoni e Arenhart, *verbis*:

[...]

Para obter a tutela cautelar, **o autor deve convencer o juiz de que a tutela do direito provavelmente lhe será concedida. A admissão de uma convicção de verossimilhança, como suficiente à concessão da tutela cautelar, decorre do perigo de dano e da consequente situação de urgência, a impor solução e tutela jurisdicional imediatas.**

A tutela cautelar é incompatível com o aprofundamento do contraditório e da convicção judicial, uma vez que estes demandam porção de tempo que impede a concessão da tutela de modo urgente. – g.n.

Já o inciso II trata do *periculum in mora*, definido pela doutrina como a irreversibilidade da situação em face da futura resolução de mérito, sendo esse o entendimento de Alexandre Freitas Câmara, veja-se:

[...]

Como dito anteriormente, o *fumus boni iuris* não é requisito suficiente para a concessão da medida cautelar. Outro requisito é exigido, e a ele se dá, tradicionalmente, o nome de *periculum in mora* (ou seja, perigo na demora). Isto porque, como sabido, a tutela jurisdicional cautelar e modalidade de tutela de urgência, destinada a proteger a efetividade de um futuro provimento jurisdicional, que está diante da iminência de não alcançar os resultados práticos dele esperados. E esta situação de perigo iminente que recebe o nome de *periculum in mora*, sendo sua presença necessária para que a tutela cautelar possa ser prestada pelo Estado-Juiz. (...)

Assim sendo, toda vez que houver fundado receio de que a efetividade de um processo venha a sofrer dano irreparável, ou de difícil reparação, em razão do tempo necessário para que possa ser entregue a tutela jurisdicional nele buscada, estará presente o requisito do *periculum in mora*, exigido para a concessão da tutela jurisdicional cautelar. – g.n.

Assim, os requisitos que autorizam a concessão da medida de cautelar são denominados pela doutrina como *fumus boni iuris*, medidas estas reconhecidas como de urgência pelo Novo Código de Processo Civil, que é a plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretende a medida, e, o *periculum in mora*, onde se deve observar um dano potencial, um risco que decorre da delonga do processo, sob pena de se tornar inútil o provimento final do interesse demonstrado pela parte interessada.

A análise do *periculum in mora* em sede cautelar não se reveste na certeza jurídica, situação que se verifica na decisão de mérito, de outro modo, o momento processual atual se traduz na necessidade de se averiguar, em cognição sumária, se a situação objetivamente concreta, trazida nos autos, enseja a necessidade de ser acobertada pela proteção do bem jurídico ameaçado em face do dano iminente.

Do compulsar as informações constantes dos presentes autos, e em especial, o entendimento exarado pelo corpo técnico desta Egrégia Corte, vislumbra-se a presença do *periculum in mora reverso*, incidente no fato de que a suspensão dos atos de nomeações dos cargos comissionados pode ensejar grave prejuízo aos serviços prestados aos segurados daquele ente.

Ante o exposto, entendo assistir razão ao posicionamento da área técnica pelo indeferimento da medida cautelar, motivo pelo qual acolho o seu entendimento, adotando-o como razão de decidir.

3. DO DISPOSITIVO:

Ante o exposto, acompanhando o posicionamento da área técnica, proponho **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove o seguinte teor de **Decisão** que submeto à sua consideração.

MARCO ANTONIO DA SILVA

Relator

1. DECISÃO TC-2094/2023-5

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

1.1. INDEFERIR A CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA, tendo em vista a ausência do preenchimento do requisito autorizador de sua concessão – *periculum in mora* –, previsto no art. 376, inciso II, do Regimento Interno desta Egrégia Corte de Contas, aprovado pela Resolução TC 261/2013;

1.2. DAR CIÊNCIA ao Representante dos termos desta Decisão, conforme disposto no § 7º, do art. 307 da Resolução TC 261/2013, **segundo-se o rito ordinário**, nos termos do art. 295 do Regimento Interno, Resolução TC 261/2013, em face dos atos e fatos constantes destes autos.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 28/07/2023 – 28ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara

4. Especificação do quórum:

4.1 Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente) e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

4.2. Conselheiro Substituto: Marco Antonio da Silva (relator/em substituição)

5. Membro do Ministério Público de Contas: procurador de contas Luciano Vieira, em substituição ao procurador-geral.

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente