



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador que esta subscreve, no exercício do poder-dever constitucional e legal, vem, perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 130 da Constituição da República c/c art. 3º, incisos I e VI, da LC n. 451/2008, oferecer

REPRESENTAÇÃO

Em face de **ROMUALDO ANTONIO GAIGHER MILANESE**, Prefeito de Boa Esperança, pelos fundamentos fáticos e jurídicos aduzidos.

I – DOS FATOS

Depreende das documentações constantes no **Protocolo 11765/2016-4**, que a LC Municipal n. 1.496/2013 prevê no Quadro Permanente de Pessoal do Poder Executivo de Boa Esperança 2 (dois) cargos de Advogado, cujo vencimento inicial é de R\$ 1.954,92 e as responsabilidades e atribuições são assim discriminadas:

RESPONSABILIDADES E ATRIBUIÇÕES

Defender direitos e interesses do Município, representando-o em juízo ou fora dele, nas ações em que este for autor, réu, ou interessado, acompanhando o andamento de processos, praticando os atos necessários para garantir seu trâmite legal, prestando assistência jurídica, propondo ou contestando ações, solicitando providências, avaliando provas documentais e orais, contribuindo na elaboração de Projetos de Lei, analisando legislação para atualização e implementação, apresentando recursos, comparecendo a audiências e outros atos, dentro dos princípios éticos.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Prestar assessoria jurídica extrajudicialmente, mediando questões, contribuindo na elaboração de Projetos de Lei, proferindo palestras, prestando serviços de peritagem, arbitrando interesses de partes, formalizando parecer técnico jurídico, firmando acordos, realizando audiências administrativas, participando de negociações coletivas.

Adequar os fatos à legislação aplicável, estudando a matéria jurídica e de outra natureza e consultando códigos, leis, jurisprudência, doutrina e outros documentos.

Obter os elementos necessários à defesa ou acusação, complementando ou apurando as informações levantadas, bem como tomando outras medidas como preparar a defesa ou acusação e arrolar e correlacionar fatos, aplicando o procedimento adequado para apresentá-los em juízo, entre outros.

Redigir e elaborar documentos jurídicos, pronunciamentos, minutas e informações sobre questões de natureza administrativa, fiscal, civil, comercial, trabalhista, penal, constitucional e outras, bem como atos administrativos, convênios, termos administrativos, projetos de lei, entre outros.

Efetuar a cobrança da dívida ativa, judicial ou extrajudicialmente, bem como coordenar e participar de comissões de inquéritos e sindicâncias.

Assistir a Prefeitura, Autarquia ou Fundação, na negociação de contratos, convênios, e acordos com outras entidades públicas ou privadas, bem como avaliar os procedimentos referentes aos diversos tipos de convênios e contratos firmados, examinando toda a documentação e os aspectos legais concernentes à transação.

Representar, quando designado, a Secretaria Municipal, Fundação ou Autarquia em que está lotado.

Supervisionar e executar programas, projetos e serviços sociais desenvolvidos pela administração pública, direta, indireta, entidades e organizações populares do município.

Elaborar pareceres, informes técnicos e relatórios, realizando pesquisas, entrevistas, fazendo observações e sugerindo medidas para implantação, desenvolvimento e aperfeiçoamento de atividades em sua área de atuação.

Ministrar treinamento, palestra e/ou aula de aperfeiçoamento do pessoal técnico e auxiliar, realizando-as em serviço, a fim de contribuir para o desenvolvimento qualitativo dos recursos humanos em sua área de atuação.

Participar de grupos de trabalho e/ou reuniões com outras secretarias, outras entidades públicas e/ou particulares, realizando estudos, emitindo pareceres e/ou fazendo exposições sobre situações e problemas identificados, oferecendo sugestões, revisando e discutindo trabalhos técnico-científicos, para fins de formulação de diretrizes, planos e programas de trabalho afetos ao Município.

Realizar outras atribuições compatíveis com sua formação profissional.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Ao mesmo tempo, cabe destacar que a Prefeitura de Boa Esperança, através do Edital de Concurso Público n. 001/2012 - PMBE, realizou concurso público para o provimento de diversos cargos, dentre eles para o de Advogado, para o qual foram aprovados 15 (quinze) candidatos.

Não obstante, transcorrido mais de dois anos da homologação do certame, já prorrogado por igual prazo pelo Decreto Municipal n. 3.442/2015, e embora já tenha havido algumas nomeações para o cargo de Advogado, a representação judicial e extrajudicial, bem como a consultoria e assessoramento do Município tem sido regularmente desempenhada por servidores ocupantes de cargos comissionados criados pela LC Municipal n. 1.574/2015, e com vencimentos superiores àqueles recebidos pelos efetivos, conforme se extrai da própria redação do regramento municipal:

SEÇÃO I

DA PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

Art. 48 A Procuradoria-Geral do Município, órgão autônomo, com tratamento, prerrogativas e representação de Secretário Municipal, tem por finalidade coordenar, controlar e delinear a orientação jurídica a ser seguida pelo Poder Executivo Municipal.

Art. 49 A estrutura organizacional da Procuradoria-Geral do Município tem a seguinte composição:

- I - Procurador-Geral do Município;
- II – Gerente Municipal de Assuntos Jurídicos;
- III - Gerente Estratégico de Controle de Contratos e Convênios;
- IV - Gerente Operacional de Proteção, Orientação e Defesa do Consumidor;
- V - Área de Apoio de Contratos e Convênios.

Art. 50 Compete ao Procurador-Geral do Município:

- I - chefiar a Procuradoria-Geral do Município, superintender e coordenar suas atividades e orientar-lhe a atuação;
- II - exercer as funções de consultoria jurídica e assessoramento do Poder Executivo e da Administração em geral;
- III - propor ao Chefe do Poder Executivo a arguição de inconstitucionalidade de leis, para os fins previstos na Constituição da República;
- IV - delegar funções e atribuições dentro da Procuradoria-Geral do Município;
- V - apreciar e emitir opinião em projetos de atos normativos a serem expedidos ou propostos pela Administração, quando expressarem matéria jurídica;
- VI - realizar estudos e emitir pareceres e informações, quando solicitado, sobre questões jurídicas que forem suscitadas;
- VII - representar o Município exclusivamente nos interesses da municipalidade;
- VIII - propor ao Prefeito e às demais autoridades municipais as medidas que julgar necessárias à uniformização da legislação e da jurisprudência administrativa;
- IX - orientar e fiscalizar as atividades funcionais e de conduta dos membros da municipalidade;
- X - analisar as representações e denúncias que lhe forem encaminhadas;
- XI - garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos da Administração Municipal;
- XII - apresentar, no prazo estabelecido pelo seu superior hierárquico, relatório das atividades desenvolvidas pelo setor;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

- XIII - dirigir veículo da frota municipal, sempre que necessário para execução das tarefas relativas ao exercício de seu cargo, devendo estar devidamente habilitado para condução do veículo e observar as normas do Código Brasileiro de Trânsito; e,
XIV - executar outras atividades afins ou que lhe forem delegadas pelos superiores hierárquicos.

SUBSEÇÃO I

DA GERÊNCIA MUNICIPAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS

Art. 51 A Gerência Municipal de Assuntos Jurídicos tem por finalidade assessorar, de forma técnica, acompanhando o desenvolvimento das atividades, bem como, executando as tarefas delegadas; devendo o servidor ocupante do cargo, ser bacharel em Direito e inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.

Art. 52 Compete ao Gerente Municipal de Assuntos Jurídicos:

- I - assessorar o Procurador-Geral no exercício de suas funções;
- II - assessorar os Advogados ocupantes de cargos efetivos da Procuradoria-Geral do Município;
- III - representar o Procurador-Geral em reuniões, audiências e encontros que não exijam a presença do mesmo ou por designação deste;
- IV - realizar pesquisas e reunir informações necessárias ao estudo de processos, atos e documentos em geral;
- V - assistir o Procurador-Geral e/ou o Advogado responsável no acompanhamento jurídico dos processos administrativos e judiciais;
- VI - exercer atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo;
- VII - executar outras tarefas, em nível de assessoramento, que lhes forem determinadas pelos superiores hierárquicos;
- VIII - apresentar, no prazo estabelecido pelo seu superior hierárquico, relatório das atividades desenvolvidas pelo setor;
- IX - dirigir veículo da frota municipal, sempre que necessário para execução das tarefas relativas ao exercício de seu cargo, devendo estar devidamente habilitado para condução do veículo e observar as normas do Código Brasileiro de Trânsito; e,
X - executar outras atividades afins ou que lhe forem delegadas pelos superiores hierárquicos.

SUBSEÇÃO II

DA GERÊNCIA ESTRATÉGICA DE CONTROLE DE CONTRATOS E CONVÊNIOS

Art. 53 A Gerência Estratégica de Controle de Contratos e Convênios tem por finalidade coordenar as atividades de elaboração de minutas de contratos e convênios, bem como, outros instrumentos congêneres a serem celebrados oficialmente pelo Poder Executivo Municipal.

Art. 54 Compete ao Gerente Estratégico de Controle de Contratos e Convênios:

- I - elaborar minutas de contratos, convênios e acordos ou outros instrumentos congêneres a serem celebrados e publicados pela municipalidade;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

- II - gerenciar a coleta de informações e auxiliar os órgãos da administração pública nas suas relações com os entes da esfera Federal, Estadual, Autarquias, Empresas e Entidades Públicas, Instituições Financeiras Públicas ou Privadas, na execução de acordos e convênios;
- III - articular-se com Órgãos Estaduais e Federais, visando o aperfeiçoamento de convênios e planos de interesse comum;
- IV - promover o acompanhamento, em coordenação com o órgão competente, dos contratos e convênios firmados pelo Município;
- V - assegurar mediante normas e procedimentos, a aplicação de critérios técnicos, econômicos e administrativos, objetivando exercer a coordenação e o controle do acompanhamento dos contratos e convênios;
- VI - gerenciar o registro, a guarda e a conservação dos contratos e convênios firmados entre o Município e os diversos órgãos e entidades públicas ou privadas;
- VII - apresentar, no prazo estabelecido pelo seu superior hierárquico, relatório das atividades desenvolvidas pelo setor;
- VIII - dirigir veículo da frota municipal, sempre que necessário para execução das tarefas relativas ao exercício de seu cargo, devendo estar devidamente habilitado para condução do veículo e observar as normas do Código Brasileiro de Trânsito; e,
- IX - executar outras atividades afins ou que lhe forem delegadas pelos superiores hierárquicos.

SUBSEÇÃO III

DA GERÊNCIA OPERACIONAL DE PROTEÇÃO, ORIENTAÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

Art. 55 A Gerência Operacional de Proteção, Orientação e Defesa do Consumidor tem por finalidade executar a política municipal de proteção e defesa do consumidor, fiscalizar a publicidade enganosa e abusiva dos produtos ou serviços em conformidade com a legislação em vigor, promover a supervisão e a orientação executiva da gestão administrativa, técnica, financeira, orçamentária e patrimonial do PROCON MUNICIPAL buscando os melhores métodos que assegurem a eficácia, economicidade e efetividade da ação operacional, respeitando as legislações específicas.

Art. 56 Compete ao Gerente Operacional de Proteção, Orientação e Defesa do Consumidor:

- I – administrar o PROCON MUNICIPAL, com todo poder efetivo de decisão, coordenação e supervisão;
- II – representar, coordenar e supervisionar as divisões/serviços do PROCON;
- III – recomendar, planejar, coordenar e assessorar o Prefeito Municipal, na formulação da Política do Sistema Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor;
- IV – representar judicial e extrajudicialmente o Órgão autarquia;
- V – zelar pelo cumprimento da Lei nº 8.078/90 e seu regulamento, do Decreto Federal nº 2.181/97 e legislação complementar, bem como expedir instruções e demais atos administrativos, com o intuito de disciplinar e manter em perfeito funcionamento os serviços do PROCON Municipal;
- VI – funcionar, no processo do contencioso administrativo, como instância de instrução e julgamento, proferindo decisões administrativas, dentro das regras fixadas pela Lei nº 8.078/90, pelo Decreto Federal nº 2.181/97 e legislação complementar;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

- VII – decidir sobre os pedidos de informação, certidão e vistas de processo do contencioso administrativo;
- VIII – gerir o Fundo Municipal de Defesa do Consumidor, nos termos da legislação vigente;
- IX – presidir o Conselho Diretor do Fundo Municipal de Defesa do Consumidor;
- X – decidir sobre a aplicação de sanções administrativas previstas no artigo 56 da Lei nº 8.078/90, seu regulamento e legislação complementar aos infratores das normas de defesa do consumidor;
- XI – arguir junto aos órgãos Federais, Estaduais e Municipais, bem como junto ao PROCON Estadual e outros órgãos de Defesa do Consumidor, visando estabelecer mecanismos de cooperação e/ou atuação em conjunto;
- XII – providenciar para que as reclamações e/ou pedidos dirigidos ao PROCON tenham pronta e eficaz solução;
- XIII – firmar convênios ou acordos de cooperação com anuência do Prefeito Municipal e da Procuradoria Jurídica do Município;
- XIV – fiscalizar as denúncias efetuadas, encaminhando à Defensoria Pública Estadual os consumidores que necessitem de assistência jurídica e ao Ministério Público, as situações não resolvidas administrativamente;
- XV – apresentar ao Prefeito Municipal e à Procuradoria Jurídica do Município, o relatório anual das atividades desenvolvidas pelo PROCON;
- XVI – cuidar para que seja sempre mantida compatibilizações entre as atividades e funções do PROCON com as exigências legais de proteção ao consumidor;
- XVII – promover intercâmbio jurídico com o PROCON Estadual e o Ministério da Justiça;
- XVIII – atuar junto ao Sistema Municipal de Ensino, visando incluir o tema "Educação para o Consumo" nas disciplinas já existentes, possibilitando a informação e formação de uma nova mentalidade nas relações de consumo;
- XIX – analisar permanentemente o fluxo das atividades do PROCON, propondo as devidas alterações em função de novas necessidades de atualização e aumento da eficiência dos serviços prestados;
- XX – administrar o Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor – SINDEC;
- XXI – fazer o relatório, aprovar e manter atualizado o Cadastro de reclamações fundamentadas contra os fornecedores de produtos e serviços, divulgando-o se as reclamações foram atendidas ou não atendidas e publicando pelo menos uma vez por ano no diário oficial e no site do Município, conforme orientação do PROCON ESTADUAL e do DPDC-SENACON/MJ (art.44, da lei nº 8.078/90);
- XXII – baixar atos e normas administrativas visando, o bom andamento do PROCON Municipal, bem como aquelas necessárias à defesa do consumidor, sempre com anuência do Prefeito Municipal e da Procuradoria Jurídica do Município;
- XXIII – divulgar, no site do Município, a relação dos menores preços praticados no mercado em relação aos produtos básicos;
- XXIV – presidir audiência de conciliação junto com atendentes/conciliadores, recrutados entre acadêmicos de direito ou bacharel em direito;
- XXV – informar e conscientizar o consumidor, motivando-o para o exercício de seus direitos, por intermédio dos diferentes meios de comunicação;
- XXVI - apresentar, no prazo estabelecido pelo seu superior hierárquico, relatório das atividades desenvolvidas pelo setor;
- XXVII - dirigir veículo da frota municipal, sempre que necessário para execução das tarefas relativas ao exercício de seu cargo, devendo estar devidamente habilitado para condução do veículo e observar as normas do Código Brasileiro de Trânsito; e,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

XXVIII - executar outras atividades afins ou que lhe forem delegadas pelos superiores hierárquicos.

SUBSEÇÃO IV

DA ÁREA DE APOIO A CONTRATOS E CONVÊNIOS

Art. 57 A Área de Apoio a Contratos e Convênios tem por finalidade atuar no suporte da Gerência Operacional de Controle de Contratos e Convênios, elaborando minutas de contratos, convênios e acordos ou outros instrumentos congêneres a serem celebrados e publicados pela municipalidade.

Art. 58 Compete a Área de Apoio a de Contratos e Convênios:

I - auxiliar os órgãos da Administração Pública nas suas relações com os entes da Esfera Federal, Estadual, Autarquias, Empresas e Entidades Públicas, Instituições Financeiras Públicas ou Privadas, na execução de acordos e convênios;

II – atuar na coleta de informações;

III – auxiliar a Gerência na articulação com órgãos Estaduais e Federais, visando o aperfeiçoamento de convênios e planos de interesse comum;

IV - promover o acompanhamento, em coordenação com a Gerência dos contratos e convênios firmados pelo Município;

V - auxiliar na coordenação e o controle do acompanhamento dos contratos e convênios;

VI - auxiliar a Gerência no cumprimento das normas, procedimentos e aplicação de critérios técnicos, econômicos e administrativos dos contratos e convênios firmados pelo Município;

VII - coordenar o registro, a guarda e a conservação dos contratos e convênios firmados entre o Município e os diversos órgãos e entidades públicas ou privadas;

VIII - apresentar, no prazo estabelecido pelo seu superior hierárquico, relatório das atividades desenvolvidas pelo setor;

IX - dirigir veículo da frota municipal, sempre que necessário para execução das tarefas relativas ao exercício de seu cargo, devendo estar devidamente habilitado para condução do veículo e observar as normas do Código Brasileiro de Trânsito; e,

X - executar outras atividades afins ou que lhe forem delegadas pelos superiores hierárquicos.

ANEXO I

**CARGOS COMISSIONADOS E FUNÇÕES GRATIFICADAS
DO MUNICÍPIO DE BOA ESPERANÇA - ES, COM OS RESPECTIVOS
SÍMBOLOS E QUANTITATIVOS DE CARGOS**

CARGOS EM COMISSÃO		
I. SISTEMA ESTRUTURANTE DE ACESSORIA DIRETA AO PREFEITO MUNICIPAL		
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO - PGM	SÍMBOLO	NÚM. DE CARGOS
Procurador-Geral do Município	CC-1	01
Gerente Municipal de Assuntos	CC-2	01
Jurídicos		
Gerente Estratégico de Controle de Contratos e Convênios	CC-3	01
Gerente Operacional de Proteção, Orientação e Defesa do Consumidor	CC-4	01
Área de Apoio a Contratos e Convênios	FG-2	01



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

ANEXO II

VENCIMENTOS DOS CARGOS COMISSIONADOS DO MUNICÍPIO
DE BOA ESPERANÇA - ES, COM OS RESPECTIVOS SÍMBOLOS

TABELA A

CARGO	PADRÃO HIERÁRQUICO	VENCIMENTO
SECRETÁRIO	CC-1	4.915,00
PROCURADOR-GERAL	CC-1	4.915,00
CONTROLADOR-GERAL	CC-1	4.915,00
ASSESSOR ESPECIAL	CC-1	4.915,00
GERENTE MUNICIPAL	CC-2	3.000,00
GERENTE ESTRATÉGICO	CC-3	2.500,00
GERENTE OPERACIONAL	CC-4	2.000,00
COORDENADOR	CC-5	1.500,00

VENCIMENTOS DAS FUNÇÕES GRATIFICADAS DO MUNICÍPIO
DE BOA ESPERANÇA - ES, COM OS RESPECTIVOS SÍMBOLOS

TABELA B

PADRÃO HIERÁRQUICO	VENCIMENTO
FGM-1	2.000,00
FGM-2	1.500,00
FGM-3	1.200,00
FGM-4	1.000,00
FG-1	600,00
FG-2	500,00
FG-3	400,00

Assim, a representação judicial e extrajudicial, bem assim a consultoria e assessoramento jurídico do Município, vem sendo realizada, em regime de coexistência, por servidores ocupantes de cargos de provimento em comissão e efetivos, desnaturalizando o instituto do cargo comissionado e da função de confiança, bem como violando o princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos.

II – DO DIREITO

A Carta Republicana é expressa ao determinar no art. 37, inciso II, e § 2º¹, que a prévia aprovação em concurso público é condição *sine qua non* para o ingresso no serviço público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, bem como a contratação temporária, nos casos e hipóteses previstas em lei, sob pena de nulidade do ato.

Assim, a dispensa de concurso público para contratação de servidores configura medida extrema, que só pode ser admitida em situações excepcionalíssimas, identificadas, uma a uma, no caso concreto, conforme autorização contida em lei.

Leciona o renomado constitucionalista José dos Santos Carvalho Filho² que as hipóteses em que a Lei Magna dispensa a aprovação prévia em concurso público são **situações excepcionais e que atendem apenas à estratégia política do Constituinte.**

¹ Art. 37. [...] 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; [...] § 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

² In Manual de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 657/658.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

No que toca aos cargos vitalícios, é inexigível o concurso para investidura dos integrantes do quinto constitucional dos Tribunais Judiciários, composto de membros do Ministério Público e advogados (art. 94, CF). A investidura dos membros dos Tribunais de Contas sujeita-se à regra idêntica (art. 73, §§ 1º e 2º, CF). O mesmo ocorre com os Ministros do STF (art. 101, parágrafo único, CF) e do STJ (art. 104, parágrafo único, CF).

Para os cargos efetivos, a dispensa favorece aos ex-combatentes que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial (art. 53, I, do ADCT da CF).

Por outro lado, não há também a exigência de concurso para o provimento de cargos em comissão declarados em lei como de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF). A dispensa nesse caso, como é fácil observar, atende à específica natureza desses cargos, titularizados por servidores da confiança das autoridades nomeantes. Embora a Constituição não tenha feito expressa alusão, é lícito afirmar, com suporte em interpretação sistemática, que a inexigibilidade de concurso abrange também os empregos em comissão (ou de confiança) das pessoas administrativas de direito privado – empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado.

Por fim, tem-se admitido que o concurso público também é inexigível para o recrutamento de servidores temporários. Aqui a dispensa se baseia em razões lógicas, sobretudo as que levam em conta a determinabilidade do prazo de contratação, a temporariedade da carência e a excepcionalidade da situação de interesse público, pressupostos, aliás, expressos no art. 37, IX, da CF.

A Emenda Constitucional nº 51, de 14.2.2006, introduzindo o § 4º ao art. 198 da CF, consignou que os **agentes comunitários de saúde** e os **agentes de combate às endemias** podem ser recrutados pelos gestores locais do sistema único de saúde através de **processo seletivo público**, de acordo com a natureza e a complexidade de suas atribuições e requisitos para seu desempenho, estendendo-se o alcance da norma à contratação direta por Estados, Distrito Federal e Municípios, ressalvada leis especiais desses entes. À primeira vista, tal processo seletivo não seria o mesmo que o concurso público de provas e títulos, assim como previsto no art. 37, II, da CF, parecendo ter-se admitido procedimento seletivo simplificado – exceção ao princípio concursal. A legislação regulamentadora, porém, aludiu a **processo seletivo público de provas ou de provas e títulos**, o que espelha o concurso público. A expressão empregada no novo texto, além de atécnica, só serviu para suscitar dúvida no intérprete; na verdade, bastaria que o Constituinte se tivesse referido simplesmente ao concurso público – instituto já com definição própria e imune a tais dúvidas.

Desta maneira, essencial verificar que a exceção à regra fundamental, de caráter eminentemente republicano, contemplada no art. 37, incisos II e V, da Constituição Federal³, há de ser aplicada restritivamente.

³ 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: [...] **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; [...] V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Destarte, a representação judicial e extrajudicial e a assessoria jurídica administrativa dos diversos órgãos da Administração Municipal é atividade reservada, constitucionalmente, a Procuradores Municipais, recrutados mediante concurso público, de provas e títulos, nos termos dos arts. 131 e 132 da Carga Magna e art. 122 da Constituição Estadual, conforme entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo:

EMENTA: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS COMPLEMENTARES 003/2006, 12/2008 E 33/2012, TODAS DO MUNICÍPIO DE GUARAPARI. ASSESSOR JURÍDICO. DESEMPENHO DE FUNÇÕES TÍPICAS DO CARGO DE PROCURADOR. OFENSA AOS INCISOS II E V DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA NA VIA DO CONTROLE DIFUSO, COM EFICÁCIA *EX NUNC*.

I- Viola o art. 37, incisos II e V, norma que cria cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, o qual não possui o caráter de assessoramento, chefia ou direção.

II- O município não pode criar sua advocacia pública essencialmente com servidores comissionados, pois estaria se afastando do modelo constitucionalmente desejado pelo legislador constituinte, porquanto o desejo da Norma Máxima é estabelecer o ingresso na carreira da advocacia pública por meio de concurso público de provas e títulos, paradigma que deve ser reprisado nas Leis orgânicas municipais, em atenção ao princípio da simetria e aos pensamentos principiológicos da administração pública.

III- Inconstitucionalidade reconhecida, com eficácia *ex nunc*.

(TJES, Processo n. 0007670-18.2009.8.08.0021 (021.09.007670-0), Tribunal Pleno, Rel. Jorge do Nascimento Viana, DJ 04/08/2016).

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE RETIFICOU O ACÓRDÃO DA LAVRA DO TRIBUNAL PLENO. 1. PLEITO DE QUE OS PRIMEIROS EMBARGOS SEJAM SUBMETIDOS À APRECIÇÃO DO ÓRGÃO COLEGIADO. 2. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 3. APÓS ANÁLISE E JULGAMENTO PELO ÓRGÃO COLEGIADO, DELIBEROU-SE PELA RETIFICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO, QUE PASSARÁ A VIGORAR COM NOVA REDAÇÃO.

1. Apesar de a decisão monocrática exarada pelo Relator não ter alterado, de qualquer forma, o resultado da decisão proferida pelo E. Tribunal Pleno, já que se limitou única e exclusivamente a retificar a redação dúbia constante no acórdão, afigura-se mais prudente dar provimento aos presentes Embargos, a fim de que seja tornada sem efeito a decisão monocrática julgadora do recurso de Embargos de Declaração opostos às fls. 8491, para que tal recurso seja julgado pelo Tribunal Pleno. Desta forma, sendo realizado um julgamento colegiado, expungir-se-á qualquer possibilidade de alegação de futura nulidade eventualmente formulada na espécie.

2. Recurso a que se dá provimento, a fim de que os Embargos de Declaração de fls. 8491 sejam julgados pelo Tribunal Pleno.

3. Após análise e julgamento pelo Órgão Colegiado, deliberou-se pela retificação do acórdão recorrido, que passará a vigorar com a seguinte redação:

EMENTA: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 14, INCISO III, ANEXO III E ITEM 7 DO ANEXO IV, TODOS DA LEI Nº 7.030/2014 DO MUNICÍPIO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM. CARGOS EM COMISSÃO.

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;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

DIRETOR JURÍDICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. CARGO COM ATRIBUIÇÕES SIMILARES À ADVOCACIA PÚBLICA. EXEGESE DOS ARTIGOS 32, INCISO II, E 122, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESPÍRITO SANTO (REVERBERADOS NOS ARTIGOS 37, INCISO II, 131 E 132, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). INGRESSO POR MEIO DE CONCURSO DE PROVAS E TÍTULOS. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. EFEITOS A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO EM 2º GRAU DE JURISDIÇÃO.

1. A investidura no serviço público, seja como estatutário, seja como celetista, depende de aprovação em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração ou por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, conforme art. 37, incisos II e IX da Constituição Federal e artigo 32, incisos II e IX da Constituição Estadual do Espírito Santo.

2. As normas elencadas no artigo 14, inciso III, no Anexo III e no Item 7 do Anexo IV, todos da Lei nº 7.030/2014 demonstram que o cargo de Diretor Jurídico do Instituto de Previdência do Município de Cachoeiro de Itapemirim (IPACI) não exige aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos para o seu adequado preenchimento, bastando, segundo a referida lei, a livre nomeação e exoneração do Chefe do Poder Executivo Municipal (leia-se: Prefeito Municipal). Com isso, a lei municipal fulmina por completo a norma descrita no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, repetida, em atenção ao princípio da simetria, no artigo 32, inciso II, da Constituição do Estado do Espírito Santo.

3. **Outrossim, os cargos em comissão, segundo prevê nossa Constituição Federal (CF, art. 37, inciso V), e reafirmada no art. 32, inciso V, da Constituição do Estado do Espírito Santo, destinam-se exclusivamente às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Não obstante, a análise das atribuições destacadas no rol do Item 7, Anexo IV, da Lei nº 7.030/2014, dá a exata noção de que se tratam de atribuições coincidentes com aquelas que os próprios advogados públicos possuem, afrontando também a norma do art. 122 da CEES, que reflete o teor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal.**

4. Embora a regra para a declaração de inconstitucionalidade seja a concessão de efeito ex tunc (ou seja, desde o início de vigência da lei), é certo que a Lei nº 9.868/1999 permite sua modulação para outro momento.

No presente caso, a eventual declaração de efeitos ex tunc poderia ocasionar prejuízo aos servidores que ocuparam, ainda que por um determinado período de tempo, o referido cargo de Diretor Jurídico do Instituto de Previdência do Município de Cachoeiro de Itapemirim.

Isso porque seria possível fomentar a discussão jurídica quanto à validade dos atos praticados pelos respectivos servidores ocupantes do referido cargo e, ainda, eventualmente, sobre a eventual possibilidade de devolução da remuneração por eles percebida, embora tais matérias se encontrem razoavelmente sedimentadas na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Sendo assim, a fim de evitar discussões desnecessárias, tem-se como critério temporal plausível ao presente caso que os efeitos do julgamento deste incidente de inconstitucionalidade sejam a partir da publicação do acórdão em 2º grau de jurisdição.

5. Pedido julgado procedente, para declarar a inconstitucionalidade incidenter tantum do artigo 14, inciso III, no que diz respeito ao cargo de Diretor Jurídico; do Anexo III, no que diz respeito ao cargo de Diretor Jurídico e do Item 7 do Anexo IV, todos da Lei nº 7.030/2014 do Município de Cachoeiro de Itapemirim, cujos efeitos dar-se-ão a partir da publicação do acórdão emanado por esta Segunda



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Instância. (TJES, Processo n. 0026507-85.2015.8.08.0000, Tribunal Pleno, Rel. Sérgio Luiz Teixeira Gama, DJ 23/06/2016).

EMENTA: DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE da Lei Municipal de Sooretama n. 695/2013 cargo EM COMISSÃO de Assessor Jurídico. ATIVIDADES TÍPICAS DA ADVOCACIA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONFORMISMO CONSTITUCIONAL DA NORMA IMPUGNADA. Modulação dos efeitos. Presença dos requisitos de segurança jurídica e interesse social. Inconstitucionalidade *ex nunc* declarada.

I – As atribuições do cargo Assessor Jurídico, tais como representação judicial e a consultoria jurídica, são atividades que relacionam-se advocacia pública e não puramente com atribuições de assessoramento, a despeito da nomenclatura.

II - Não poderia a lei municipal criar descompasso e assimetria com as Constituições Federal ou Estadual, vez que estas normas disciplinam que a advocacia pública deve ser exercida por servidor público de carreira, vale dizer, com ingresso através de concurso público e não por servidores comissionados como previsto na legislação atacada.

III - Visando garantir a segurança jurídica das relações já estabelecidas sob a égide do artigo ora declarado inconstitucional, entendo de suma importância empreender, autorizado pelo artigo 27 da lei n. 9.868/99, a modulação de efeitos tal como requerido na exordial, vale dizer, *ex nunc*.

IV– Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (TJES, Processo n. 0029385-72.2015.8.08.0000, Tribunal Pleno, Rel. Jorge Henrique Valle dos Santos, DJ 16/06/2016).

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 6º, ART. 7º, ART. 15, ART. 16, ART. 16-A, ART. 28, ART. 29 E ANEXOS I E III, DA LEI MUNICIPAL DE AFONSO CLÁUDIO N.º 1.789/2008. CARGOS EM COMISSÃO. ASSESSOR JURÍDICO. ATIVIDADES INERENTES AO CARGO DE PROCURADOR DA CASA LEGISLATIVA. VIOLAÇÃO À REGRA DO CONCURSO PÚBLICO. ASSESSOR DE BANCADA E GRUPO DE APOIO ÀS ATIVIDADES DE REPRESENTAÇÃO POLÍTICO PARLAMENTAR. ATIVIDADES QUE NÃO SE DESTINAM ÀS ATRIBUIÇÕES DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO. VIOLAÇÃO À REGRA DO CONCURSO PÚBLICO, À MORALIDADE E À IMPESSOALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL RECONHECIDA. MODULAÇÃO DOS EFEITOS.

1. A investidura em cargo público se dá mediante concurso público, excepcionando-se o provimento por cargos em comissão e contratação para fins de necessidade temporária de excepcional interesse público, que se encontram albergadas em situações limites.

2. As disposições elencadas no art. 6º, art. 7º e Anexos I e III, da Lei Municipal n.º 1.789/2008, demonstram que o cargo de Assessor Jurídico não exige a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, muito embora as atividades sejam flagrantemente coincidentes com aquelas delimitadas para o exercício da advocacia pública, tal como definido no art. 56, III e art. 122, § 2º, da Constituição Estadual, e no art. 131 e art. 132, da Constituição Federal.

3. Com isso, a lei fulmina por completo a norma descrita no art. 37, II, da Constituição Federal, repetida, em atenção ao princípio da simetria, no art. 32, II, da Constituição Estadual.

4. Além disso, os cargos em comissão de Assessor de Bancada e do Grupo de Apoio às Atividades de Representação Político Parlamentar, previstos no



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

art. 15, art. 16, art. 16-A, art. 28 e art. 29, da Lei Municipal n.º 1.789/2008, não se relacionam ao plexo de atribuições dos cargos de direção, chefia e assessoramento.

5. O exercício desses cargos em comissão, em realidade, mostra-se como instrumento de burlar a legislação e os ditames constitucionais para proceder à contratação sem a prévia realização de concurso público, o que viola o art. 37, II, da Constituição Federal, repetido, em atenção ao princípio da simetria, no art. 32, II, da Constituição Estadual.

6. É possível, a partir da declaração de inconstitucionalidade, atribuir eficácia prospectiva, em modulação dos efeitos (art. 27, da Lei n.º 9.868/1999).

7. Pedido julgado procedente, reconhecendo-se os efeitos prospectivos da declaração de inconstitucionalidade depois de 06 (seis) meses do trânsito em julgado. (TJES, Processo n. 0029470-58.2015.8.08.0000, Tribunal Pleno, Rel. Samuel Meira Brasil Junior, DJ 14/06/2016).

Por esta razão, não encontra guarida no nosso ordenamento jurídico a criação arbitrária de cargos em comissão e/ou funções de confiança para o exercício de funções que fogem o seu caráter singular, de direção, chefia ou assessoramento, **tapeando a exigência constitucional de prévio concurso público.**

No caso concreto do município de Boa Esperança, observa-se nitidamente a incompatibilidade do provimento em comissão para os cargos de Gerente Municipal de Assuntos Jurídicos e Gerente Estratégico de Controle de Contratos e Convênios, pois as atribuições por eles exercidas, especificadas nos arts. 51 a 54 da LC Municipal n. 1.574/2015, se referem a serviços típicos de Advocacia Pública, que deve ser integrada por servidores concursados.

Assim, as atribuições dos aludidos cargos em comissão deixam evidente o desempenho de atividades de caráter estritamente técnico, 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, portanto, ser conferidas a servidores efetivos, admitidos por meio de concurso público, na forma do art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

Do mesmo modo, registra-se que a função gratificada prevista na LC Municipal n. 1.574/2015 – Área de Apoio a Contratos e Convênios – também não se amolda o dispositivo constitucional previsto no art. 37, inciso V.

Infere-se, portanto, que as nomeações em tela devem ser declaradas nulas, vez que fundamentadas em norma absolutamente inconstitucional, por violação dos arts. 37, “*caput*”, e incisos II e V, 131 e 132 e da Constituição Federal e arts. 32, “*caput*”, inciso II e V, e 122 da Constituição Estadual, **sem prejuízo da responsabilidade do administrador público que lhe tenha dado causa.**



III – DOS PEDIDOS

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

1 – o conhecimento, recebimento e processamento desta representação, na forma do art. 99, § 1º, inciso VI da LC n. 621/2012 c/c artigos 181 e 182, inciso VI, e 264, inciso IV do RITCEES;

2 – cumpridos os procedimentos legais e regimentais de fiscalização, seja o responsável, nos termos do art. 56, incisos II e III, da LC n. 621/2012, citado para, querendo, deduzirem defesa;

3 – NO MÉRITO, seja julgada procedente a presente representação para que:

3.1 – seja negada exequibilidade aos artigos 49, incisos II, III e V, 51, 52, 53, 54, 57 e 58 da LC Municipal n. 1.574/2015;

3.2 – sejam expedidas determinações ao atual gestor para adoção das providências necessárias ao exato cumprimento da lei, na forma do art. 71, inciso X, da Constituição Estadual, sem prejuízo da cominação das penalidades previstas em lei, caso se mostrem cabíveis, nos exatos termos da LC n. 621/2012.

Vitória, 16 de novembro de 2016.