

8ª Controladoria Técnica

À Controladora de Recursos Públicos, **Maira Rebello Magalhães Guimarães** para proferir Instrução Técnica.

Em, 6 de maio de 2010.

MOZART SILVA JÚNIOR
Chefe da 8ª Controladoria Técnica
Matrícula TCE-ES nº 202.566

Senhor Chefe da 8ª Controladoria Técnica,

Manifestei-me em separado, por meio da instrução técnica em anexo.

Em, 6 de maio de 2010.

Maira Rebello Magalhães Guimarães
Controladora de Recursos Públicos
Matrícula TCE-ES nº 203.190

8ª Controladoria Técnica

Instrução Técnica: n.º ITR 70/2010
Processo TC: n.º 2381/2009
Apenso TC: n.º 2482/2007; 5594/2007, vols. I e II
Jurisdicionado: Câmara Municipal de Baixo Guandu
Recorrente: Dary Alves Pagung
Assunto: Recurso de Reconsideração
Conselheiro Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo
Exercício: 2006

Cuidam os autos de recurso interposto em face do Acórdão TC – 619/2008 (fls. 352/356 do Processo TC – 2482/2007), que julgou irregulares as contas do Sr. Dary Alves Pagung, responsável pela Câmara Municipal de Baixo Guandu no exercício de 2006, apenando-o com multa no valor correspondente a 1.000 (mil) VRTEs, tendo em vista os seguintes procedimentos:

1.1. Ausência de controle de combustível dos veículos de propriedade da Câmara Municipal - infringência ao artigo 63, da Lei nº 4.320/64 e aos artigos 66 e seguintes, da Lei nº 8.666/93;

1.2. Utilização irregular do veículo de imprensa oficial Jornal “Tribuna Livre” pelos vereadores, para promoção pessoal - infringência ao artigo 37, § 1º da Constituição Federal;

1.3. Nomeação de servidores, parentes de vereadores, para exercer cargo comissionado - infringência ao artigo 37 da Constituição Federal, ao artigo 32, inciso

8ª Controladoria Técnica

VI, da Constituição do Estado do Espírito Santo e aos princípios da Impessoalidade e da Moralidade;

1.4. Ausência de registro de ponto para os servidores ocupantes de cargos comissionados - infringência aos artigos 32 e 33, parágrafo único, da Lei Municipal nº 1.408/90;

1.5. Contratação de agentes, sem a realização de concurso público, para exercerem funções diversas das de direção, chefia e assessoramento - infringência aos incisos II e V, do artigo 37 da Constituição Federal;

1.6. Remuneração de Agentes Políticos: autoconcessão de reajuste - infringência ao disposto no inciso X, do artigo 37 da Constituição Federal e aos princípios da Anterioridade, Legalidade e Moralidade.

O recorrente foi também condenado a ressarcir ao erário municipal o valor correspondente a 3.475,37 VRTEs (três mil, quatrocentos e setenta e cinco VRTEs e trinta e sete centésimos), referente ao item **1.6** descrito.

O gestor apresentou o recurso para tornar sem efeito a condenação imposta.

É o relatório.

8ª Controladoria Técnica

PRELIMINARES

Analisando as condições de admissibilidade do recurso, observa-se que o recorrente é capaz e possui interesse e legitimidade processual.

Verifica-se que o Termo de Notificação nº 454/2009 foi juntado aos autos em 25/3/2009. O recurso interposto em 23/4/2009 é **tempestivo**, ante as disposições dos arts. 72 e 81 da Lei Complementar n.º 32/93.

MÉRITO

1.1. Ausência de controle de combustível dos veículos de propriedade da Câmara Municipal - infringência ao artigo 63, da Lei nº 4.320/64 e aos artigos 66 e seguintes, da Lei nº 8.666/93;

A equipe de auditoria apurou que o automóvel da Câmara Municipal – Gol, contrariando a média de consumo obtida entre 1/2/06 a 31/12/06 - entre 10 e 13Km por litro de combustível - apresentou, em vários casos, um gasto médio bem mais elevado, conforme tabela de fls. 200, do Processo TC – 2482/2007.

Foram também encontradas ordens de serviços sem a indicação da quilometragem do veículo na data do abastecimento.

Constatou-se que a discrepância dos dados e a ausência de informações nas ordens de serviços inviabilizaram o controle mais preciso do consumo do veículo, evidenciando ter havido má gestão da coisa pública.

8ª Controladoria Técnica

O recorrente reconhece a existência do erro, mas entende que as situações narradas foram exceções à regra e, como não houve lesão ao patrimônio público, inexistiu motivo suficiente para a rejeição de suas contas.

Para prevenir a utilização de combustível em finalidade alheia ao interesse público, cabe ao gestor adotar uma série de medidas para comprovar a sua regular aplicação.

No caso do abastecimento de veículos, é necessária a discriminação pormenorizada dos serviços realizados, identificando a data e o local do abastecimento, o quantitativo do combustível utilizado, a quilometragem do veículo antes e depois do abastecimento, o modelo da máquina abastecida, e o operador do veículo.

Era dever da Câmara proceder ao controle dos custos com combustíveis, demonstrando de forma transparente a evolução dos gastos.

A liquidação da despesa tem por objetivo reconhecer ou apurar a origem e o objeto do que se deve pagar, a importância exata a pagar e a quem se deve pagar. Como, neste caso, o recorrente não tomou o devido cuidado com a documentação atinente ao abastecimento do veículo da Câmara, constatou-se o pagamento de despesas sem a regular liquidação, em desrespeito ao art. 63 da Lei n.º 4.320/64.

A alegação de ausência de prejuízo para a Administração também não é, por si só, razão para excluir a irregularidade, de acordo com o que dispõe o artigo 59, inciso III, "a" da Lei Orgânica do TCCES - Lei Complementar 32/93:

Artigo 59. As contas serão julgadas:

III - IRREGULARES, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

8ª Controladoria Técnica

- a) grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;*
- b) injustificado dano ao erário, decorrente de ato ilegal, ilegítimo, ímprobo ou antieconômico, e*
- c) desfalque, desvio de dinheiros, bens ou valores públicos”.(grifos nossos).*

Havendo infração à norma legal, nada obsta a apuração de irregularidade, ainda que não haja confirmação de dano ao erário, eis que as graves infrações às normas legais sempre poderão, mesmo que indiretamente, causar prejuízos para a Administração Pública.

Assim sendo, opina-se pela manutenção da irregularidade.

1.2. Utilização irregular do veículo de imprensa oficial Jornal “Tribuna Livre” pelos vereadores, para promoção pessoal - infringência ao artigo 37, § 1º da Constituição Federal;

Trata-se de irregularidade apurada no Convite nº 01/06, cujo objeto foi a contratação de empresa para editar e divulgar os atos oficiais da Câmara.

Segundo a Instrução Técnica Conclusiva, o Jornal “Tribuna Livre” publicou, em duas edições, matérias vinculadas ao Sr. Dary Pagung (com citação repetitiva de nome e exposição de fotografia), caracterizando promoção pessoal, em desrespeito ao art. 37, §1º da CRFB, que prevê:

Art. 37. [...]

§1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social dela não podendo constar nome, símbolo ou

8ª Controladoria Técnica

imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

O recorrente alega que o Jornal “Tribuna Livre” não é elaborado, escrito ou diagramado pela Câmara e sim por empresa contratada para tanto. E que, em consulta formulada ao jornalista responsável pelas publicações, este teria informado que o ato de mencionar várias vezes o nome de uma pessoa em uma determinada matéria é próprio da redação jornalística.

O gestor afirma que este Tribunal se pautou com dois pesos e duas medidas, pois, quanto aos periódicos do Congresso Nacional, contendo citações constantes de nomes e fotos, concluiu estarem corretas as publicações.

O fato de a Câmara ter feito a contratação de uma empresa não altera a sua responsabilidade pela publicação das matérias com o fim de promoção pessoal de vereadores (fls. 68/87, do Processo TC – 5594/2007).

Quanto às publicações do Congresso Nacional, reiteramos o entendimento trazido pela Instrução Técnica Conclusiva de ser legítima a publicação da atuação dos vereadores nos procedimentos de indicações e pedidos de providência ao Poder Executivo. De fato, o povo tem o direito de acompanhar a atuação do seu representante.

No entanto, a situação observada neste processo é diversa. Há reportagem curta, exibida na primeira página do jornal, em que o nome do Presidente da Câmara chega a ser citado em oito oportunidades (fls. 69 – Processo TC – 5594/2007). E, no decorrer da mesma edição, o nome do recorrente é mencionado mais quatro vezes.

Em outra matéria (fls. 80), a informação publicada, além de não ter caráter institucional, vincula a notícia à pessoa do vereador Dary Pagung, de forma

8ª Controladoria Técnica

específica.

Uma vez que as publicações estão dissociadas da atuação institucional da Câmara de Baixo Guandu, caracterizando promoção pessoal do recorrente, opina-se pela manutenção da irregularidade.

1.3. Nomeação de servidores, parentes de vereadores, para exercer cargo comissionado - infringência ao artigo 37 da Constituição Federal, ao artigo 32, inciso VI, da Constituição do Estado do Espírito Santo e aos princípios da Impessoalidade e da Moralidade;

De acordo com o trabalho realizado pela equipe de auditoria, o Poder Legislativo de Baixo Guandu era composto, no período auditado, de vinte cargos em comissão, dos quais três eram ocupados por parentes de vereadores.

O recorrente alega, em síntese:

- que para se configurar o nepotismo seria necessário regramento constitucional ou legislação própria do município tratando da matéria, o que não ocorreu em Baixo Guandu;
- que não possui qualquer parente na Administração, pois cunhado não tem grau de parentesco;
- que nenhum dos três servidores serviam sob a direção de seus respectivos parentes, mas sim sob a direção do Presidente da Câmara;
- que hoje esses servidores não mais trabalham na Câmara;
- que não agiu com temeridade ou quebra dos princípios da impessoalidade e da moralidade, pois, à época dos fatos, sua conduta era legal.

A nomeação de parentes já era proibida pela Constituição Federal antes mesmo de o Conselho Nacional de Justiça - CNJ vedar o nepotismo. O que a Resolução do CNJ fez foi positivar a proibição, explicitando os princípios da moralidade e da

8ª Controladoria Técnica

impessoalidade, já existentes no art. 37 da CF.

Não houve ressalva quanto às nomeações efetivadas antes da sua edição, não cabendo ao administrador, portanto, fazê-lo, nem tão pouco deixar de aplicar as disposições da nova regra constitucional ao argumento de que esta não pode retroagir para alcançar as nomeações efetivadas antes da sua publicação.

No julgamento pela STF da ADC 12-MC/DF que reconheceu, em sede cautelar, a constitucionalidade da Resolução 7/2005 do CNJ, o Relator Ministro Carlos Britto, referindo-se aos princípios em tela, afirmou:

[...] as restrições constantes do ato normativo do CNJ são [...] as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade [...]. Quero dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado.

Assim, antes mesmo da edição da Súmula Vinculante nº 13, de 2008, era dever da Administração Pública pautar-se em conformidade com o princípio da moralidade, que exige um comportamento honesto, ético, decoroso e digno do agente público.

A nomeação de pessoas sem vínculo algum com o serviço público, mas cuja principal ou única "qualificação" seja o parentesco com quem o nomeou afronta, principalmente, o princípio da impessoalidade.

Em que pese o entendimento do recorrente de que cunhado não seria parente, ambos os Códigos Civis - o velho, no art. 334, e o novo, no art. 1.595 - têm em comum norma expressa que caracteriza o parentesco por afinidade, consistente na regra segundo a qual "*cada cônjuge é aliado aos parentes dos outros pelo vínculo*

8ª Controladoria Técnica

de afinidade”.

Nestes termos, a doutrina nunca hesitou, mesmo na vigência do Código Civil anterior, quanto ao fato de que o “vínculo de afinidade” importa numa das espécies de parentesco, o *parentesco por afinidade*.

A argumentação de que nenhum dos três servidores atuavam sob a direção de seus respectivos parentes, mas sim sob a direção do Presidente da Câmara, não exime a responsabilidade do gestor que, tendo a atribuição de nomear, deve recusar as indicações que não observem às exigências legais.

A alegação de que os servidores não mais pertencem ao órgão também não altera a irregularidade, sendo relevante o que se passava na Câmara no período auditado, ou seja, no exercício de 2006.

Por fim, considera-se que as contratações feriram os princípios da moralidade e da impessoalidade, razão pela qual opina-se pela manutenção desta irregularidade.

1.4. Ausência de registro de ponto para os servidores ocupantes de cargos comissionados - infringência aos artigos 32 e 33, parágrafo único, da Lei Municipal nº 1.408/90;

A irregularidade adveio de questionamento feito ao Presidente da Câmara acerca do embasamento legal para a desnecessidade do registro de ponto (entrada e saída) de alguns servidores, cujos nomes e respectivos cargos constam às fls. 231/232 (Proc. 2482/2007).

Segundo parecer jurídico emitido por um dos assessores do órgão, a ausência de registro de ponto tem a ver com o sistema de controle adotado pela Direção da

8ª Controladoria Técnica

Administração Pública. O servidor comissionado só estaria obrigado a assinar o ponto se houvesse determinação expressa nesse sentido, ao passo que ao servidor efetivo caberia a regra geral da assinatura do ponto.

Eis o que dispõe a Lei nº 1.408 - Estatuto dos Servidores:

Art. 32. O horário de trabalho nas repartições municipais será fixado por ato do Chefe do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, de acordo com a natureza e as necessidades do serviço.

Parágrafo único. As antecipações e prorrogações de trabalho serão autorizadas no caso de comprovada necessidade do serviço, mediante solicitação ao Chefe do órgão de primeiro grau divisional, ou a quem este delegar competência.

Art. 33. O controle da frequência far-se-á pelo registro do ponto.

Parágrafo único. Ponto é o registro pelo qual se apura diariamente a entrada e saída do funcionário em serviço.

Indagada sobre a irregularidade, a Câmara de Baixo Guandu informou que a Portaria 34/2006, de dezembro, dentre outros assuntos, explicitou que os cargos comissionados de assessoria direta ficariam excluídos da obrigação de registro de ponto, ficando prevista apenas a obrigação de os vereadores da Casa atestarem formalmente a efetiva prestação de serviço no mês.

Todavia, a Portaria nº 34/2006 não justifica a irregularidade, já que foi editada em dezembro de 2006, ou seja, ao final do exercício ora auditado.

O recorrente alega que, para que este Tribunal de Contas possa puni-lo, não de ser punidos também os 10 Presidentes da Câmara que o antecederam. No entanto, o fato de esta Corte, em exercícios anteriores, não ter apontado como irregular o

8ª Controladoria Técnica

procedimento, não cria para o ordenador a chancela de regularidade perene, até porque as auditorias no Tribunal são feitas por amostragem.

Aduz, ainda, que somente os cargos de assessor jurídico e assessor parlamentar estão fora dos livros de ponto da Câmara, casos em que o controle era feito por declarações de prestação efetiva do serviço, conforme atestados que diz ter anexado ao processo.

Entretanto, como, antes da Portaria 34/2006, inexistia qualquer regulamentação apontando a desnecessidade dos servidores comissionados registrarem ponto, caberia ao recorrente obedecer às disposições do Estatuto do servidor, segundo o qual todo servidor, seja efetivo, seja comissionado, está sujeito ao registro de ponto.

Ademais, em que pese a afirmação de ter anexado ao processo atestados comprovando a prestação efetiva do serviço pelos servidores comissionados, não há neste processo qualquer documentação nesse sentido. O que existe, ao contrário do alegado, é um ofício do Contador Legislativo Municipal informando ao recorrente que os servidores comissionados, a despeito da previsão legal, não assinam livro de ponto (fls. 152 e 153, do Processo TC – 5594/07).

Neste sentido, opina-se pela manutenção desta irregularidade.

1.5. Contratação de agentes, sem a realização de concurso público, para exercerem funções diversas das de direção, chefia e assessoramento - infringência aos incisos II e V, do artigo 37 da Constituição Federal;

A irregularidade refere-se à verificação da existência na Câmara de servidores ocupando cargos em comissão, mas com atribuições diversas daquela previstas no art. 37, V, da CRFB:

8ª Controladoria Técnica

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:

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**; (grifos nossos)

O rol dos servidores ocupantes de cargos comissionados pode ser vista à fl. 236, da ITC 4140/2008.

O gestor alega, em suma:

- que o Legislativo de Baixo Guandu conta com menos de 30 servidores, não havendo, portanto, servidor que não entre em contato com serviço que exija discrição, sigilo, etc., qualidades normalmente atribuídas aos cargos de confiança.
- que não faz sentido punir quem esteve à frente do Legislativo por meros dois anos, pois a situação perdura há vinte anos.

As Resoluções nº 71 e nº 75 que, dentre outras muitas, criaram cargos comissionados, foram editadas em 2005, ou seja, quando o recorrente também era Presidente da Câmara. Portanto, sendo, portanto, inaceitável a alegação de que as contratações não foram levadas a efeito em sua gestão.

A matéria foi detidamente analisada na ITC que, com bastante propriedade, demonstrou, baseada na doutrina e na jurisprudência pátrias, que a contratação dos servidores para o exercício de funções diversas das de direção, chefia e assessoramento afronta a regra constitucional do concurso público.

8ª Controladoria Técnica

Corrobora-se com toda o trabalho da área técnica. A regra do concurso público não pode ser contornada pela criação de cargos em comissão para o exercício de funções diferentes daquelas previstas constitucionalmente, ou seja, daquelas que pressupõem a existência de vínculo de confiança.

Assim sendo, mantém-se a irregularidade no que se refere às nomeações para os cargos de Motorista, Servente Legislativo, Auxiliar de Secretaria, Auxiliar de Contabilidade, Telefonista, Auxiliar de Serviços Gerais e Assessor Legislativo, por não atenderem aos requisitos que autorizam a livre nomeação e exoneração, tudo segundo o disposto no inciso V do art. 37 da CF e decisões do STF.

Os cargos elencados enquadram-se nos típicos casos de provimento por concurso público, demonstrando, ainda, a desobediência ao inciso II, do art. 37, da CRFB.

1.6. Remuneração de Agentes Políticos: autoconcessão de reajuste - infringência ao disposto no inciso X, do artigo 37 da Constituição Federal e aos princípios da Anterioridade, Legalidade e Moralidade.

A Lei Municipal nº 2190/2004, fixou o valor do subsídio dos edis, para viger na legislatura 2005/2008, bem como previu a revisão geral anual.

Constatou a equipe técnica que a Câmara, por meio da Resolução nº 1, de 19/9/2006, efetuou a revisão geral anual para os vereadores que, então, passaram a receber a importância de R\$ 2.550,76 (dois mil quinhentos e cinquenta reais e setenta e seis centavos).

A irregularidade apurada está ligada à incompetência do Poder Legislativo para a iniciativa da lei de revisão geral anual e ao fato da revisão não ter sido aplicada aos

8ª Controladoria Técnica

servidores, conforme prevê o inciso X, do art. 37, da CRFB e o §2º, do art. 19, da Lei Orgânica Municipal de Baixo Guandu.

O reajuste concedido feriu os princípios constitucionais da anterioridade, da legalidade e da moralidade, não sendo lícito aos vereadores legislar em causa própria.

Este Tribunal de Contas já consagrou o entendimento de que a iniciativa da lei de revisão geral anual é do Poder Executivo, devendo ser aplicado aos edis o mesmo índice de reajustamento dos servidores municipais. Eis o art. 2º, da Instrução Normativa nº 03/2008 (antecedida pelas Resoluções TC nsº 206/2005 e 207/2006):

Art. 2º. Não haverá reajustamento dos subsídios dos vereadores no curso da legislatura, à exceção da hipótese de revisão geral anual prevista no art. 37, inciso X, da Constituição Federal, aplicando-se aos edis o mesmo índice de reajustamento dos servidores municipais, observada a iniciativa do executivo para iniciar o processo legislativo.

O Plenário também se pronunciou neste sentido no Parecer em Consulta nº 10/07, cujo trecho transcreve-se:

[...] Assim, a revisão geral anual, tanto da remuneração dos servidores públicos quanto do subsídio dos agentes políticos deve ser efetuada na mesma data e sem distinção de índices, cabendo a iniciativa da lei ao Poder Executivo. Infere-se que tal interpretação, pelos fundamentos expostos possa ser estendida ao demais agentes políticos. [...]

8ª Controladoria Técnica

O recorrente entende que, ao ser condenado a ressarcir ao erário o valor correspondente ao reajuste concedido aos vereadores, está sendo forçado a devolver o que não recebeu.

Entretanto, o agente público é responsável pelos danos que causar no exercício de suas funções. Tal obrigação encontra-se implícita no art. 37, § 6º, da Constituição:

Art. 37. [...]

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Registre-se, assim, o direito do gestor de entrar com ação de regresso contra todos os edis beneficiados nos pagamentos irregulares ora descritos.

Quanto ao argumento de que a sanção, pelo chefe do Executivo supriria o vício de iniciativa do ato concessivo da revisão geral anual, informa-se que o STF não mantém tal entendimento, restando insubsistente o teor da Súmula nº 5. Asseverou o Supremo, na ADI nº 724:

A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que –, por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo –, deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca.

No que tange, ainda, a inconstitucionalidade da Resolução nº 1/2006, reproduz-se parte do voto do Conselheiro Relator Sebastião Carlos Ranna de Macedo, às fls. 339/340, do Proc. 2482/2007:

8ª Controladoria Técnica

[...] Com supedâneo nestes termos, entendendo que a questão da constitucionalidade do ato normativo contestado, o qual concede revisão geral anual aos edis daquele município, tem reserva plenária, e esta foi acatada no momento da citação ao responsável pela violação ao dispositivo constitucional. [...]

Entende-se, por fim, pela manutenção da irregularidade.

2. CONCLUSÃO

Opina-se pelo **CONHECIMENTO** deste recurso, e, no mérito, pela manutenção das irregularidades do Acórdão.

Ressalte-se o pedido de **sustentação oral** feito pelo recorrente.

Respeitosamente,

Vitória, 6 de maio de 2010.

Maira Rebello Magalhães Guimarães
Controladora de Recursos Públicos
Matrícula TCE-ES nº 203.190

8ª Controladoria Técnica

À CGT, com a manifestação da 8ª Controladoria Técnica externada pela Instrução Técnica acima.

Em, 6 de maio de 2010.

MOZART SILVA JÚNIOR
Chefe da 8ª Controladoria Técnica
Matrícula TCE-ES nº 202.566