



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

SENHOR CONSELHEIRO RELATOR,

PARECER MINISTERIAL

Processo TC: 6726/2016-8
Apenso TC: 9197/2016-7
Assunto: Representação
Jurisdicionado: Secretaria de Estado da Fazenda
Responsável: Bruno Pessanha Negrís, Paulo Roberto Ferreira, Rodrigo Rabello Vieira, Dayse Maria Oslegher Lemos, Paulo Cesar Hartung Gomes, Bruno Funchal, Alexandre Nogueira Alves

O **Ministério Público de Contas**, por meio da 3ª Procuradoria Especial de Contas, no exercício de suas atribuições institucionais, anui aos argumentos fáticos e jurídicos delineados na **Instrução Técnica Conclusiva 04260/2018-9** (**Documento 79**), cuja proposta de encaminhamento encontra-se abaixo transcrita:

4. CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Por todo exposto, diante do preceituado no art. 319, da Res. TC 261/2013, conclui-se opinando pela/pelo:

4.1 Conhecimento e acolhimento do incidente de inconstitucionalidade suscitado pela Área Técnica devendo este Tribunal negar exequibilidade à **Lei Complementar 832/2016**, eis que estabelece o acesso a estranhos ao serviço público aos cargos em comissão da estrutura organizacional da Sefaz, em **afronta ao preconizado nos incisos II e XXII do art. 37, da Constituição Federal, e do art. 32, XXVI, da Constituição Estadual**, consoante competência estabelecida no art. 1º, XXXV, e nos arts. 176 e seguintes da LC 621/2012 e artigos 332 e seguintes do Anexo Único da Resolução TCE 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), e Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal;

4.2 Em caso de acolhimento do incidente de inconstitucionalidade com a consequente declaração de inaplicabilidade da Lei Complementar 832/2016, **declaração de nulidade** da cláusula 5.1, IV, do Edital 03/2016, ante as irregularidades consistentes na burla ao concurso público e na violação à exigência constitucional de a administração tributária ser exercida por servidores de carreira específica;

4.3 Em caso de acolhimento do incidente de inconstitucionalidade com a consequente declaração de inaplicabilidade da Lei Complementar 832/2016 e constituição de prejulgado nos termos do art. 177 da LC 621/2012, **sugere-se que seja expedida notificação ao atual Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo**, cientificando-lhe do Acórdão proferido por este E. TCEES que contiver a decisão sobre o aludido incidente de inconstitucionalidade;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria Especial de Contas

4.4 Rejeição das razões de justificativas apresentadas pelos senhores Paulo Cesar Hartung Gomes, Dayse Maria Oslegher Lemos, Bruno Funchal e Alexandre Nogueira Alves, confirmando-se a manutenção das irregularidade dos itens 3.1 e 3.2, e condenando, ao fim, os responsáveis à sanção prevista no art. 135, II, da Lei Complementar nº. 621/2012;

4.5 Com fundamento no parágrafo único do art. 53 e no parágrafo único do art. 62, ambos da Lei Complementar nº 621/2012, no inciso IV do art. 41 da Lei nº 8.625/1993 e no inciso III do art. 85 da Lei Complementar Estadual nº 95/1997, **sejam os autos remetidos ao Ministério Público de Contas**, que requereu vista pessoal, após manifestação conclusiva da Área Técnica deste Tribunal.

Por derradeiro, com fulcro no inc. III¹ do art. 41 da Lei 8.625/93, bem como no parágrafo único² do art. 53 da Lei Complementar nº 621/12, reserva-se o direito de manifestar-se oralmente em sessão de julgamento, em defesa da ordem jurídica.

Vitória, 28 de janeiro de 2019.

HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA
Procurador Especial de Contas

1 **Art. 41.** Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:

III - ter vista dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras e **intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato;**

2 **Art. 53.** São partes no processo o responsável e o interessado, que poderão praticar os atos processuais diretamente ou por intermédio de procurador regularmente constituído.

Parágrafo único. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas terá os mesmos poderes e ônus processuais do responsável e do interessado, **observadas, em todos os casos, as prerrogativas asseguradas em lei.**

Instrução Técnica Conclusiva 04260/2018-9

Processos: 06726/2016-8, 09197/2016-7

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

Setor: SecexPrevidencia - Secretaria de Controle Externo de Previdência e Pessoal

Criação: 22/10/2018 16:30

UG: SEFAZ - Secretaria de Estado da Fazenda

Relator: Rodrigo Coelho do Carmo

Responsável: BRUNO PESSANHA NEGRIS, PAULO ROBERTO FERREIRA, RODRIGO RABELLO VIEIRA, DAYSE MARIA OSLEGHER LEMOS, PAULO CESAR HARTUNG GOMES, BRUNO FUNCHAL, ALEXANDRE NOGUEIRA ALVES

Representante: SINDICATO PES GRUPO TRIB ARRECADACAO FISCALIZACAO TAF

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Inicialmente autuado como Denúncia, o feito originou-se de expediente protocolizado nessa Corte de Contas pelo Sindicato do Pessoal do Grupo de Tributação, Arrecadação e Fiscalização – TAF (SINDIFISCAL) em face da Secretaria Estadual da Fazenda, com pedido de cautelar, que questionou a legalidade e a constitucionalidade da Lei Complementar Estadual 832/2016 por supostos vícios formais e materiais. Questionou, ainda, a constitucionalidade do art. 1.205 e seu parágrafo único do Decreto Estadual 1.090/2002 – R, com redação introduzida pelo art. 1º do Decreto 4001/2016 – R.

Instada a se manifestar, a Área Técnica deste Tribunal elaborou a Manifestação Técnica MTP 1008/2016-6, que em sua proposta de encaminhamento sugeriu as seguintes medidas:

- **Conhecer e receber** a Denúncia (...);
- Diante das informações trazidas nos itens 4.2.1 e 4.2.2 desta Manifestação, estando presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in*

mora a ensejar a antecipação de tutela inaudita altera parte, nos termos dos arts. 376 e 377 do Regimento Interno do TCEES, em razão do risco ineficácia de decisão de mérito, **sugere-se, em caráter liminar, determinação** ao Secretário de Estado da Fazenda e ao Subsecretário de Estado da Receita, que não realizem a nomeação, para os cargos em comissão da administração tributária estadual, de servidor estranho ao referido Auditor Fiscal de Tributos Estaduais, **até o julgamento de mérito dessa Denúncia**;

- Diante das informações trazidas no item 4.1 desta Manifestação Técnica, face a ausência de atos praticados pelos gestores da SEFAZ no sentido de materializar e produzir os efeitos decorrentes da aplicabilidade do ato art. 1.205 do Decreto 1090/2002 – R, nos termos do art. 307, §1º do Regimento Interno do TCEES, **sugere-se** sejam o Secretário de Estado da Fazenda e o Subsecretário de Estado da Receita **notificados** a se manifestarem **no prazo de cinco dias** sobre o disposto no parágrafo único do art. 1.205 do Decreto 1090/2002 – R, com redação introduzida pelo art. 1º do Decreto 4001/2016 – R, trazendo quais são as atividades e atribuições contemplados no RICMS-ES que foram ou estão sendo realizadas diretamente pelo Subsecretário de Estado da Receita bem como o(s) ato(s) normativo(s) que designou(aram) servidor(es) para a prática dos atos nele compreendidos, se houver;
- Após a Decisão do Exmo. Conselheiro Relator que deferir ou indeferir a cautelar e a juntada aos autos dos documentos e informações do Secretário de Estado da Fazenda e do Subsecretário de Estado da Receita, sejam os autos remetidos a esta Unidade Técnica para continuidade da Instrução Processual, nos termos do Regimento Interno desta Corte de Contas.

Após a manifestação da Secex Previdência, o Exmo. Conselheiro Relator, por meio da **Decisão Monocrática 1471/2016-1**, **determinou a notificação** do Secretário de Estado da Fazenda, Sr. Paulo Roberto Ferreira, do Subsecretário de Estado da Receita, Sr. Bruno Pessanha Negriz, e do Procurador Geral do Estado, Sr. Rodrigo Rabello Vieira, a fim de se manifestarem sobre quanto às informações contidas nos autos, no prazo de cinco dias.

Na Decisão Monocrática, o Conselheiro Relator determinou ainda **o apensamento** dos autos do Processo TC 9197/2016-7¹ aos autos do processo em exame (Processo TC 6726/2016), a fim de se evitar risco de decisões conflitantes ou contraditórias diante da conexão da matéria e dos pedidos. Além disso, recebeu os autos como **REPRESENTAÇÃO**, nos termos do art. 177 e 178 do RITCEES.

Após os notificados se manifestarem por meio de alegações e documentos protocolizados neste Tribunal sob os números 15982/2016-1, 15990/2016-5 e

¹ A Representação com pedido de liminar foi protocolizada nesse Tribunal pelo Ministério Público de Contas em face da SEFAZ e autuada no **Processo TC 9197/2016** em razão de supostos indícios de irregularidades materializados no Edital SEFAZ 03/2016 relativo ao processo seletivo para o provimento dos cargos em comissão no âmbito daquela Secretaria

16019/2016-4, a SecexPrevidência elaborou nova Manifestação Técnica 1186/2016 e o Exmo. Conselheiro Relator, por meio da Decisão Monocrática 1684/2016, DETERMINOU a notificação do Secretário de Estado de Fazenda, Sr. Paulo Roberto Ferreira, para que informe sobre o atual andamento do Processo Seletivo objeto do Edital SEFAZ 03/2016², bem como se houve algum ato concreto de nomeação de servidores para o referido cargo.

Ressalta-se que a Manifestação Técnica 1186/2016 propôs em caráter liminar, dentre outras medidas, a determinação para que a SEFAZ não realize a nomeação de servidor estranho ao cargo de Auditor Fiscal de Tributos Estaduais, bem como para a suspensão dos efeitos da cláusula 5.1, IV, do Edital 03/2016. Propôs ainda o reconhecimento de forma incidental da inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual 832/2016 e do art. 1.205 e seu parágrafo único, do Decreto 1.090-R de 25 de outubro de 2002.

Assim, após a notificação do Secretário de Estado da Fazenda e apresentação das informações solicitadas por meio de documentos protocolados nesse Tribunal sob o número 17198/2016, vieram os autos a esta Unidade Técnica para elaboração da Manifestação Técnica 1246/2016-7, que opinou pelo mesmo encaminhamento já sugerido na MT 1186/2016.

De posse de todas essas informações, o Conselheiro Relator proferiu VOTO (697/2017-7), indeferindo a medida cautelar e submetendo os autos ao rito ordinário, nos seguintes termos:

CONCLUSÃO:

Nesse caminhar, atendo-me à análise dos requisitos autorizadores da medida cautelar, não me parece pertinente a concessão da medida pretendida.

Diante do exposto, divergindo do entendimento da área técnica, não obstante a possibilidade de revisão do presente entendimento caso o quadro fático se altere, VOTO pelo INDEFERIMENTO da MEDIDA CAUTELAR e com base nos artigos 306 e 309 do Regimento Interno desta Corte de Contas, c/c o artigo 125, §5º da Lei Complementar 621/2012, determino a remessa dos autos à unidade técnica para instrução do feito, submetendo os autos em tramitação pelo rito ordinário.

² Disponível em: http://internet.sefaz.es.gov.br/informacao/docsProcessoSeletivo/201610_06_EditalProcesso_Seletivo_cargocomissionadoSEFAZ_Todoscargos-final.pdf. Acesso em 5 out. 2018.

Dê ciência ao denunciante e aos responsáveis constantes do preâmbulo da presente decisão nos termos do art. 307 §3º para, caso entendam necessário, se manifestar em no prazo de 10 dias.

Após a ciência dos interessados, a Secex Previdência elaborou a ITI 901/2017-5, nos termos da qual foi prolatada a **Decisão Monocrática Preliminar DECM 1273/2017-2**, promovendo-se a (1) notificação dos responsáveis para que se manifestem sobre a constitucionalidade da Lei Complementar Estadual 832/2016 e da possibilidade de lhe ser negada a aplicação e (2) a citação dos responsáveis para que, no prazo estipulado, apresentem alegações de defesa e documentos que entender necessários, alertando quanto à possibilidade de aplicação de multa, conforme segue:

NOTIFICAÇÃO	SUBITEM
Paulo Cesar Hartung Gomes - Governador do Estado Alexandre Nogueira Alves - Procurador Geral do Estado Bruno Funchal – Secretário de Estado da Fazenda	2 Arguição de inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual 832/2016.

CITAÇÃO	SUBITENS/ IRREGULARIDADES
Paulo Cesar Hartung Gomes - Governador do Estado Dayse Maria Oslegher Lemos - Secretária de Gestão e Recursos Humanos - SEGER	3.1 Ausência de estimativa de impacto orçamentário e financeiro da Lei Complementar 832/2016.
Paulo Cesar Hartung Gomes - Governador do Estado	3.2 Autorização para que pessoas alheias às carreiras da SEFAZ ocupem cargos na administração tributária estadual sem concurso público

Devidamente notificados e citados, os responsáveis juntaram tempestiva justificativa/documentação, conforme Resposta de Comunicação 260/2017-3 (Doc. 73 do E-TCEES).

Após, foram os autos encaminhados pelo Relator a esta SecexPrevidência para emissão de Instrução Técnica Conclusiva.

Importante ressaltar que nesse íterim, foi elaborada Manifestação Técnica 18/2018-4 no Processo 9197/2016-7 apensado a este, com Parecer 455/2018-6 do Ministério Público de Contas (MPC) anuindo aos argumentos ali delineados, tendo sido

prolatada a Decisão 531/2018-3, ressaltando-se a admissibilidade da Representação anteriormente não analisada, nos termos que seguem:

1.1. CONHECER da presente representação, vez que preenche os requisitos de admissibilidade, na forma do artigo 94 c/c o parágrafo único do artigo 101, ambos da Lei Complementar Estadual nº 621/2012.

1.2. JULGAR PREJUDICADO O PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR, em consonância ao disposto na Decisão 00552/2017-1, bem como o lapso temporal, determinando que os autos tramitem em rito ordinário, apensado ao principal – TC 6726/2016-8.

1.3. Encaminhar à SEGEX para prosseguimento da instrução do Proc. 6726/2016.

1.4. DAR CIÊNCIA ao representante.

2. QUESTÃO PRÉVIA: Incidente de inconstitucionalidade da Lei Complementar 832/2016.

A Instrução Técnica Inicial ITI 901/2017-5, em seu item 2, discorre sobre incidentes de inconstitucionalidade (1) da Lei Complementar 832/2016 e (2) do art. 1.205 e seu parágrafo único, do Decreto 1.090-r de 2002 acrescentado pelo Decreto 4.001-r de 2016901/2017-5.

A ITI cita a competência dos Tribunais de Contas para apreciação da constitucionalidade de lei e atos do Poder Público e, em relação ao incidente de inconstitucionalidade do art. 1.205 e seu parágrafo único, do Decreto 1.090-R de 2002, acrescentado pelo Decreto 4.001-R de 2016901/2017-5, afasta a apreciação do incidente pelos motivos expostos a seguir:

Diante das informações e documentos trazidos aos autos, não se vislumbra, *a priori*, ato administrativo que materialize as possíveis ilegalidades decorrentes do **art. 1.205 e seu parágrafo único do Decreto 1090/2002 – R, com redação introduzida pelo art. 1º do Decreto 4001/2016 – R**, motivo pelo qual não cabe, **até esse momento**, a apreciação do incidente de inconstitucionalidade relativo a esse ato normativo, o que não afasta a apreciação futura dessa Corte de Contas diante de um caso concreto com indício de ilegalidade.

Já em relação à Lei Complementar 832/2016, a ITI destacou que os servidores da administração tributária devem ser dispostos em carreiras específicas, de natureza permanente, conforme art. 37, XXII da Constituição Federal, replicado no art. 32, XXVI da Constituição Estadual. Isso, por si só, já tornaria inconstitucional o acesso a

estranhos ao serviço público aos cargos em comissão da estrutura organizacional da SEFAZ. E ainda:

No momento em que a Lei Complementar Estadual nº. 832/2016 revogou o art. 8º da Lei Complementar nº 16/1992; o art. 2º da Lei Complementar nº 29/1992; o art. 42 da Lei Complementar nº 225/2002; bem como o art. 12 da Lei Complementar nº 776/2014 - dispositivos que indicavam quais cargos de provimento em comissão eram privativos de cargo de provimento efetivo de Auditor Fiscal da Receita Estadual -, e, no mesmo ato, estabeleceu que os cargos de provimento em comissão da estrutura organizacional da SEFAZ são de livre nomeação e exoneração, **a LC possibilitou a delegação de atribuições até então exercidas privativamente por servidores efetivos a profissional sem vínculo com a Administração Tributária Estadual. Essa situação evidencia burla à regra geral do concurso público, e exige, prejudicialmente, a análise da sua constitucionalidade, a fim de negar-lhe aplicação. (g.n.)**

Nesse contexto, observou-se a publicação, em 06/10/2016, do Edital 03/2016 com o objetivo de realizar **“Processo Seletivo para o provimento de Cargos em Comissão da Secretaria de Estado da Fazenda – SEFAZ”**, um ato administrativo do Secretário de Estado da Fazenda, Sr. Paulo Roberto Ferreira, que possibilita a análise sobre o caso concreto por esta Corte de Contas. De acordo com o item 1.3 do Edital:

1.3 Os cargos em comissão previstos no Anexo I são de livre nomeação e exoneração, nos termos do art. 37, II, parte final, da Constituição Federal e do art. 32, II, parte final, da Constituição do Estado do Espírito Santo, e da Lei Complementar nº 832, de 24/08/2016.

Assim, a ITI sugeriu a notificação do Secretário de Estado da Fazenda, Sr. Bruno Funchal, do Procurador Geral do Estado, Sr. Alexandre Nogueira Alves, e do Governador do Estado, Sr. Paulo César Hartung Gomes, para que se manifestem sobre a constitucionalidade da Lei Complementar Estadual 832/2016 e da possibilidade de lhe ser negada a aplicação, nos termos artigos 332 e seguintes do Anexo Único da Resolução TCE 261/2013 (Regimento Interno do TCEES).

Em **sede de defesa**, os responsáveis manifestaram-se por meio de Resposta de Comunicação 260/2017-3, tendo sido destacado pela defesa que:

- Não é possível a entidade fiscal denunciante assim como o *Parquet* representante questionar a constitucionalidade da LC 832/2016, na medida em que o acolhimento do pedido implica em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal (STF) para declarar a inconstitucionalidade de normas estaduais (afronta ao art. 102, I, a da CF).

- A apreciação da constitucionalidade das leis e atos do Poder público pelo Tribunal de Contas é limitada à análise incidental da inconstitucionalidade da norma, incumbindo ao STF declarar a inconstitucionalidade abstrata, que é o que se pretende no caso concreto, em que o acolhimento do pedido acaba por ensejar, com efeito *erga omnes*, a declaração da inconstitucionalidade do diploma normativo.
- O objeto almejado tanto pela entidade sindical quando pelo Representante só pode ser obtido em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade.
- O objetivo das entidades denunciantes/representantes é nitidamente extirpar a lei do ordenamento jurídico local, de maneira a inibir a nomeação de profissionais de carreira diversa da de Auditor Fiscal da Receita Estadual, nos cargos de provimento em comissão existentes na estrutura organizacional da Sefaz.
- A questão jurídica controvertida dos autos cinge-se à análise da constitucionalidade (ou não) da Lei Complementar Estadual n. 832/2016, compondo ela (a constitucionalidade) o próprio objeto do processo, e não questão prejudicial, como quer fazer crer a área técnica. [...]
- Não se discute no âmbito da presente denúncia/representação uma relação jurídica concreta, mas a compatibilidade abstrata de lei com a Constituição Federal e demais regras vigentes no ordenamento jurídico.
- Cita o julgamento da Reclamação n. 434 e do MS 25888 MC, que discorrem sobre a usurpação da competência da Corte Constitucional.

Passando-se a análise, os argumentos da defesa dispõem que a área técnica visa, ao se referir ao processo seletivo deflagrado pelo Edital Sefaz n. 3/2016, a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar 832/2016, sendo este o objetivo primário, autônomo, do incidente aqui proposto.

Tanto não é esse o objetivo da área técnica que foi afastado, na própria ITI, o incidente de inconstitucionalidade do art. 1.205 e seu parágrafo único do Decreto 1090/2002 – R, com redação introduzida pelo art. 1º do Decreto 4001/2016 – R, por não se vislumbrar ato administrativo que materializasse as possíveis ilegalidades.

Diferente é o caso relativo à LC 832/2016, com base na qual foi publicado o Edital Sefaz n. 3/2016, caso concreto em que se pode analisar, de forma incidental, a eficácia da norma, com base na Súmula 347ⁱ do Supremo Tribunal Federal.

STF Súmula nº 347 - 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal* - Tribunal de Contas - Apreciação da Constitucionalidade das Leis e dos Atos do Poder Público: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

Nessa linha, anota o Prof. Uadi Lammêgo Bulos³ que, embora os Tribunais de Contas

“[...] não detenham competência para declarar a inconstitucionalidade das leis ou dos atos normativos em abstrato, pois essa prerrogativa é do Supremo Tribunal Federal, poderão, no caso concreto, reconhecer a desconformidade formal ou material de normas jurídicas incompatíveis com a manifestação constituinte originária. Sendo assim, os Tribunais de Contas podem deixar de aplicar ato por considerá-lo inconstitucional, bem como sustar outros atos praticados com base em leis vulneradoras da Constituição (Art. 71., X). Reitere-se que essa faculdade é na via incidental, no caso concreto, portanto”.

Como não poderia deixar de ser, a Lei Complementar 621/2012 defere ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo a competência para o exame, em **controle difuso**, da constitucionalidade da Lei, consoante se extrai dos arts. 1º, inciso XXXV, e art. 176 e seguintes bem como dos artigos de igual teor do Regimento Interno dessa Corte de Contas.

Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, compete:

[...]

XXXV - negar a aplicação de lei ou ato do Poder Público considerado ilegal ou inconstitucional;

Art. 176. O Tribunal de Contas, no exercício das suas atribuições, poderá pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade de leis e de atos do poder público.

Parágrafo único. Verificada a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, na apreciação de qualquer feito, a matéria será apreciada pelo Plenário, em pronunciamento preliminar.

Art. 177. A decisão, contida no acórdão que deliberar sobre o incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, solucionará a questão prejudicial, constituindo prejulgado a ser aplicado a todos os casos submetidos ao Tribunal de Contas.

Art. 178. A Câmara não submeterá a arguição de inconstitucionalidade ao

³ Bulos, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva. P. 815

Plenário, quando já houver o pronunciamento deste ou do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Art. 179. Poderá o Plenário, por iniciativa do Presidente ou a requerimento de Conselheiro ou do representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, pronunciar-se sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, ato ou procedimento da administração.

Em que pese a defesa insistir que o que se pretende é extirpar a lei do ordenamento jurídico local, de se registrar que, ao se apreciar um incidente de inconstitucionalidade, não se está pontuando pelo reconhecimento ou não de um indício de irregularidade propriamente dito, mas sim sobre a nulidade da norma frente aos preceitos constitucionais, em sede incidental e em controle concreto de constitucionalidade.

Em verdade, o eventual reconhecimento da inconstitucionalidade servirá, isto sim, como antecedente lógico necessário ao reconhecimento de ato irregular que tenha sido praticado com base na lei ou norma declarada inconstitucional, vale dizer: se verificada preliminarmente a inconstitucionalidade restará patente a prática da irregularidade, ao contrário, concluindo-se, preliminarmente, pela constitucionalidade da norma estar-se-á também definida a regularidade do ato praticado com base nela.

Retornando-se ao caso concreto, o Edital Sefaz n. 3/2016 dispõe que os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração (item 1.3) e que as vagas serão preenchidas obedecendo-se preferencialmente a seguinte ordem: (1) Auditor Fiscal da Receita Estadual, (2) Auxiliar Fazendário, (3) Consultor do Tesouro Estadual e demais servidores efetivos com atuação e exercício na SEFAZ, em igualdade de condições e (40) demais candidatos.

O que se vê no referido Edital, com respaldo da LC 832/2016, é a delegação de atribuições típicas de Estado, como o poder de fiscalização ou de direção da ação fiscal, a pessoal desvinculado da carreira de Auditor Fiscal da Receita, sendo ainda, de elevada inconstitucionalidade, a delegação do poder de polícia.

Vê-se, sobre tal aspecto, afronta ao inciso XXII do art. 37 da Constituição Federal, e ao inciso XXVI do art. 32 da Constituição Estadual, que assentou que os servidores da administração tributária devem ser dispostos em carreiras específicas, de

natureza permanente, o que, por certo, torna inconstitucional o acesso a estranhos ao serviço público aos cargos em comissão da estrutura organizacional da Sefaz.

A Constituição foi clara no sentido de que os cargos no âmbito da administração tributária fossem preenchidos por servidores das carreiras tributárias, logo, ocupantes de cargos efetivos, vinculados à carreira específica, preenchidos mediante prévia aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos, como forma de garantia de impessoalidade e maior segurança na execução de suas atividades. Nesse sentido, a tentativa da Sefaz de prover cargos em comissão da área tributária com pessoas que não compõem os quadros efetivos daquela Secretaria caracteriza violação ao inciso II do art. 37 da Constituição Federal.

Nesse passo, **conclui-se que o disposto na Lei Municipal 832/2016**, que estabeleceu que os cargos comissionados no âmbito da Secretaria de Estado da Fazenda - SEFAZ são de livre nomeação e exoneração, **afronta o preconizado nos incisos II e XXII do art. 37, da Constituição Federal, e no art. 32, XXVI, da Constituição Estadual**, eis que estabelece o acesso a estranhos ao serviço público aos cargos em comissão da estrutura organizacional da Sefaz, razão pela qual **opina-se pelo conhecimento da arguição de inconstitucionalidade do preceito e seu acolhimento, devendo este Tribunal negar exequibilidade à LC 832/2016**, consoante competência estabelecida no art. 1º, XXXV, e nos arts. 176 e seguintes da LC 621/2012 e artigos 332 e seguintes do Anexo Único da Resolução TCE 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), e Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal.

3. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES NARRADOS NA ITI 901/2017-5

3.1. AUTORIZAÇÃO PARA QUE PESSOAS ALHEIAS ÀS CARREIRAS DA SEFAZ OCUPEM CARGOS NA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA ESTADUAL SEM CONCURSO PÚBLICO.

Base legal: art. 37, II, XXII, da Constituição Federal e art. 32, XXVI, da Constituição Estadual.

Responsável:

Identificação: Paulo César Hartung Gomes – Governador do Estado

Conduta: Encaminhar o Projeto de Lei Complementar 015/2016 à Assembleia Legislativa e sancionar a Lei Complementar 832/2016 que autorizou pessoas alheias às carreiras da SEFAZ a ocuparem cargos da administração tributária estadual sem concurso público.

A ITI 901/2017-5 apresentou no item 3.2 o indício de irregularidade com base no fato de o lançamento do Edital SEFAZ 03/2016, de 6 de outubro de 2016, possibilitar que pessoas estranhas às carreiras da SEFAZ pudessem ser nomeadas para ocupar cargos em comissão no âmbito da administração tributária estadual, possibilidade introduzida pela Lei Complementar Estadual 832/2016.

Dispositivos legais que foram revogados⁴ eram claros ao estabelecer que o preenchimento dos cargos comissionados no âmbito da administração tributária estadual eram privativos de Auditores Fiscais da Receita Estadual – AFRE, antigo cargo de Agente de Tributos Estaduais, exceto para os cargos de Chefe de Departamento, Subcoordenador e Coordenador de Fiscalização, Arrecadação, Tributação e Treinamento, que deveriam ser preenchidos preferencialmente por AFRE.

⁴ **Art. 8º da Lei Complementar nº 16, de 09/01/1992:**

Art. 8º - Os cargos de provimento em comissão em Postos Fiscais, Agências da Fazenda Estadual e Delegacias Regionais da Fazenda são privativos dos ocupantes do cargo de Agente de Tributos Estaduais – ATE.

Art. 2º da Lei Complementar nº 29, de 16/12/1992:

Art. 2º Os cargos de provimento em comissão de Chefe de Equipe de Fiscalização, Chefe de Posto Fiscal, de Agência da Receita, Supervisor Regional e Coordenador Regional da Receita são privativos dos Agentes de Tributos Estaduais.

Parágrafo único. Os cargos de provimento em comissão de Chefe de Departamento, Subcoordenador e de Coordenador de Fiscalização, Arrecadação, Tributação e Treinamento, serão exercidos preferencialmente, por Agentes de Tributos Estaduais.

Art. 42 da Lei Complementar nº 225, de 08/01/2002:

Art. 42. São de provimento em comissão, privativo dos Agentes de Tributos Estaduais, bem como o cargo de Subgerente da Dívida Ativa, os cargos pertencentes à estrutura da Subsecretaria de Estado da Receita vinculados à: I – Gerência Tributária; II – Gerência Fiscal; III – Gerências Regionais Fazendárias.

Art. 12 da Lei Complementar nº 776, de 16/04/2014:

Art. 12. Os cargos de provimento em comissão de Supervisor de Área Fiscal são privativos de Auditor Fiscal da Receita Estadual.

Justificativas apresentadas:

A defesa apresentou os argumentos resumidos a seguir:

- Parece não subsistir dúvida de que o texto constitucional, em momento algum, diz que a administração tributária dos entes federados é atividade privativa/exclusiva dos auditores fiscais. Ao revés, estabelece expressamente a possibilidade de a gestão fazendária ser exercida também por servidores de outras carreiras específicas. O uso do plural confirma a ausência de exclusividade dos servidores do Grupo TAF para conduzir a gestão fazendária. [...] Cabe ter presente, neste ponto, por oportuno, que, no âmbito da Sefaz, há outras carreiras específicas, tais como, por exemplo, a de auxiliar fazendário, consultor do tesouro estadual, etc., cujos membros podem, perfeitamente, titularizar cargos em comissão.
- [...] A competência privativa dos Auditores Fiscais da Receita Estadual está descrita no art. 6º da Lei Complementar Estadual n. 16/1992, e em momento algum a Administração Estadual tencionou transferir para terceiros as atividades lá descritas.
- Foi no contexto de movimento grevista e de renúncia coletiva dos cargos em comissão pelos auditores fiscais que foi publicada a Lei Complementar Estadual n. 832/2016, não para afrontar a ordem jurídica vigente ou as prerrogativas dos auditores fiscais, mas sim para viabilizar o funcionamento integral dos serviços prestados pela Sefaz à sociedade capixaba, mediante a reabertura da possibilidade de provimento dos cargos em comissão de supervisão, chefia e gerência -por exemplo, em Postos Fiscais, Agências da Fazenda Estadual e Delegacias Regionais da Fazenda-, por membros das demais carreiras específicas da SEFAZ, sem prejuízo da preferência dada aos auditores fiscais, na forma do subitem 5.1 do Edital Sefaz n. 03/2016.
- As atividades que podem ser exercidas por esses gestores, descritas no subitem 2.2 do Edital Sefaz n. 03/2016, circunscrevem-se a atos burocráticos, como o controle de frequência, a indicação de servidores, a organização das escalas de férias, gestão patrimonial da unidade, etc. Não há, assim, qualquer invasão das atividades privativas exercidas pelos auditores fiscais, quais sejam: tributação, arrecadação e fiscalização.

Análise

A defesa alega que “o uso do plural confirma a ausência de exclusividade dos servidores do Grupo TAF para conduzir a gestão fazendária”. Vale novamente a leitura dos dispositivos a que se referiu a defesa, transcritos abaixo:

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:

[...]

XXII -as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, **exercidas por servidores de carreiras específicas**, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio. (g.n.)

No momento em que a CF estabeleceu que as administrações tributárias deveriam possuir carreiras específicas, estabeleceu, dentre outros termos, que os **cargos comissionados** no plano da administração tributária não seriam ocupados por pessoas apartadas do setor público, mas sim pelos próprios agentes, ocupantes de cargos efetivos, vinculados à carreira específica, que são preenchidos mediante prévia aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos, como forma de garantia de impessoalidade e maior segurança na execução de suas atividades.

O “uso do plural”, conforme mencionado pela defesa, não estendeu a possibilidade de prover essa estrutura com pessoas alheias às carreiras específicas, mas a possibilidade de prover tais cargos com servidores de “outras carreiras específicas” da Sefaz, que não a de Auditor da Receita Estadual. O se vê no Edital 3/2016, especificamente o item 5.1, IV, é a possibilidade de prover tais cargos com pessoas estranhas às carreiras da Sefaz:

5.1 As vagas serão preenchidas, obedecendo-se, preferencialmente, a seguinte ordem:

- I. por Auditor Fiscal da Receita Estadual (AFRE, AFRE I, AFRE II, AFRE III);
- II. por Auxiliar Fazendário;
- III. por Consultor do Tesouro Estadual e demais servidores efetivos com atuação e exercício na SEFAZ, em igualdade de condições; e
- IV. **pelos demais candidatos.** (grifo nosso)

Os cargos em comissão oferecidos no Edital 3/2016 são para Chefe da Agência da Receita Estadual I e II, Subgerente Fiscal – Região Metropolitana – SUFIS-M, Subgerente Fiscal – Região Nordeste – SUFIS-NE, Subgerente Fiscal - Região Sul – SUFIS-S, Gerente Tributário e Gerente Fiscal e as atribuições das unidades administrativas estão detalhadas no Anexo I do Edital (a seguir):

ANEXO I

CARGO	VAGA / LOCAL	COMPETÊNCIAS DA UNIDADE ADMINISTRATIVA
Chefe da Agência da Receita Estadual I Valor Total: R\$ 3.234,60	01 Cachoeiro de Itapemirim 01 Cariacica 01 Colatina 01 Linhares	A execução e controle das atividades de manutenção e atualização das informações cadastrais; o acompanhamento do comportamento tributário do contribuinte, a atualização e correção de informações tributárias e fiscais e ao cumprimento de obrigações acessórias; o atendimento e orientação ao contribuinte quanto ao cumprimento de obrigações tributárias; a proposição para o aprimoramento da legislação tributária e monitoramento dos impactos advindos de modificações normativas; a contribuição para o programa de educação tributária nas escolas; outras atividades correlatas.
Chefe da Agência da Receita Estadual II Valor Total: R\$ 2.917,69	01 São Mateus	
Subgerente Fiscal – Região Metropolitana – SUFIS-M Valor Total: R\$ 4.957,01	01 Vila Velha	O acompanhamento do desempenho da economia dos municípios de suas regionais, subsidiando a atuação da Secretaria por meio de dados e sugestões; o apoio à implantação de projetos de educação tributária nas escolas, em articulação com o responsável pelo programa de Educação Tributária no Estado e com as unidades da Secretaria de Estado da Educação; a supervisão e o acompanhamento da fiscalização nos estabelecimentos e no trânsito de mercadorias no âmbito de suas regionais; a orientação aos contribuintes de sua circunscrição, em estreita articulação com a Gerência de Atendimento ao Contribuinte - GEACO; e outras atividades correlatas.
Subgerente Fiscal – Região Nordeste – SUFIS-NE Valor Total: R\$ 4.957,01	01 Linhares	
Subgerente Fiscal – Região Sul – SUFIS-S Valor Total: R\$ 4.957,01	01 Cachoeiro de Itapemirim	

Gerente Tributário Valor Total: R\$ 7.758,91	01 Vitória	O estudo, análise e elaboração da legislação tributária, promovendo sua divulgação no âmbito interno e externo; as articulações com órgãos especializados federais e dos Estados, visando a integração, troca de informações e o aprimoramento da legislação tributária; o estabelecimento de sistemáticas de orientação de natureza tributária-fiscal ao contribuinte e às demais unidades da Secretaria de Estado da Fazenda; a elaboração de projetos de lei e atos normativos tributários, assegurando a homogeneidade dos critérios de interpretação da legislação tributária do Estado; a expedição de atos de sua alçada; a contribuição para elevação do nível de consciência do papel social dos tributos entre os cidadãos; a análise e proposição de concessão de regimes especiais; a preparação e emissão de parecer em processos administrativos fiscais; a articulação com a Procuradoria Geral do Estado nos assuntos de legislação tributária; o julgamento em primeira instância de processos administrativos fiscais; outras atividades correlatas.
Gerente Fiscal Valor Total: R\$ 7.758,91	01 Vitória	O planejamento, a programação, a orientação, a execução, o controle e a avaliação da ação fiscal no Estado; a proposição de adequação e aperfeiçoamento da legislação tributária e dos procedimentos a serem adotados na ação fiscal, com vista ao combate da evasão de receitas e da fraude fiscal; e outras atividades correlatas.

Uma breve leitura das atribuições das unidades administrativas permite que conheçamos a complexidade e a importância dessas atribuições, a citar algumas: supervisão e acompanhamento da fiscalização nos estabelecimentos e no trânsito de mercadorias; orientação aos contribuintes; a proposição para aprimoramento da legislação; planejamento, programação, orientação, execução, controle e avaliação da ação fiscal no Estado.

As atribuições previstas para esses cargos comissionados são de caráter exclusivo das carreiras da Sefaz e não podem ser delegadas a pessoas apartadas da estrutura do Estado. A possibilidade de delegação de atribuições específicas de servidor do quadro permanente da Sefaz, concursado, cuja carreira é destacada pelo art. 37, XXII, da Constituição Federal, bem como pelo art. 37, XXVI, da Constituição Estadual, a particulares que não possuem qualquer vínculo com a Administração Pública, resulta em contratação de pessoal com burla à regra do concurso público, insculpida no art. 37, II, da Constituição Federal.

A defesa alega que a competência privativa dos Auditores Fiscais da Receita Estadual está descrita no art. 6º da Lei Complementar Estadual n. 16/1992, mas a Lei Complementar Estadual n. 737/2013, que organizou a carreira dos Auditores,

dispõe sobre suas competências. A Representação do MPC apresentou de forma comparativa as atribuições dos Auditores Fiscais e dos cargos em comissão que se pretende prover com o Edital 3/2016 da Sefaz.

ATRIBUIÇÕES DO CARGO DE PROVIMENTO EFETIVO DE AUDITOR FISCAL DA RECEITA ESTADUAL, CONFORME LEI OMPLEMENTAR 737/2013	ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS EM COMISSÃO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO DISPOSTOS NO EDITAL SEFAZ 03/2016
Em caráter privativo: d) orientar o sujeito passivo no tocante à aplicação da legislação tributária e não tributária, por intermédio de atos normativos e solução de consultas;	<u>Atribuição do cargo de Gerente Tributário:</u> Estabelecimento de sistemáticas de orientação de natureza tributária-fiscal ao contribuinte e às demais unidades da Secretaria de Estado da Fazenda; E contribuição para elevação do nível de consciência do papel social dos tributos entre os cidadãos. <u>Atribuição do cargo de Chefe da Agência da Receita Estadual:</u> Atendimento e orientação ao contribuinte quanto ao cumprimento de obrigações tributárias. <u>Atribuição do cargo de Subgerente Fiscal – Todas as Regiões:</u> Orientação aos contribuintes de sua circunscrição, em estreita articulação com a Gerência de Atendimento ao Contribuinte – GEACO.
Em caráter não privativo: h) elaborar textos de atos normativos relativos à receita estadual tributária e não tributária; e	<u>Atribuição do cargo de Gerente Tributário:</u> Elaboração de projetos de lei e atos normativos tributários, assegurando a homogeneidade dos critérios de interpretação da legislação tributária do Estado. <u>Atribuição do cargo de Gerente Fiscal:</u> Proposição de adequação e aperfeiçoamento da legislação tributária e dos procedimentos a serem adotados na ação fiscal. <u>Atribuição do cargo de Chefe da Agência da Receita:</u> Proposição para o aprimoramento da legislação tributária e monitoramento dos impactos advindos de modificações normativas.
Em caráter privativo: f) coordenar, orientar e controlar as atividades dos agentes arrecadadores de receita estadual;	<u>Atribuição do cargo de Gerente Fiscal:</u> Tem como jurisdição administrativa o planejamento, programação, orientação, controle e avaliação da ação fiscal no Estado, em articulação com as Gerências Regionais Fazendárias. <u>Atribuição do cargo de Subgerente Fiscal:</u> A supervisão e o acompanhamento da fiscalização nos estabelecimentos e no trânsito de mercadorias no âmbito de suas regionais.
Em caráter não privativo: d) realizar estudos e desenvolver projetos de pesquisas;	<u>Atribuição do cargo de Gerente Tributário:</u> Tem como jurisdição administrativa o estudo, análise e elaboração da legislação tributária, promovendo sua divulgação no âmbito interno e externo.

Em caráter privativo: c) elaborar parecer e proferir, na forma da legislação aplicável: decisão em processo administrativo-fiscal no julgamento de primeira instância; e decisão em processos de restituição de tributos e de reconhecimento de benefícios fiscais, observado o disposto no parágrafo único deste artigo; (Nova redação com a Lei Complementar nº 807/2015)	<u>Atribuição do cargo de Gerente Tributário:</u> A preparação e emissão de parecer em processos administrativos fiscais.
--	---

Assim, não se mantém o argumento da defesa de que as atividades que podem ser exercidas por esses gestores (cargos comissionados), descritas no subitem 2.2 do Edital Sefaz n. 03/2016, circunscrevem-se a atos burocráticos, como o controle de frequência, a indicação de servidores, a organização das escalas de férias, gestão patrimonial da unidade, etc. Inegável que há invasão das competências privativas exercidas pelos auditores fiscais, quais sejam: tributação, arrecadação e fiscalização, conforme demonstrado no quadro acima.

Dessa forma, tendo em vista a autorização para que pessoas alheias às carreiras da Sefaz ocupem cargos na administração tributária estadual sem concurso público, em afronta ao art. 37, II, XXII, da Constituição Federal e ao art. 32, XXVI, da Constituição Estadual, **opina-se pela manutenção da irregularidade.**

3.2.AUSÊNCIA DE ESTIMATIVA DE IMPACTO ORÇAMENTÁRIO E FINANCEIRO DA LEI COMPLEMENTAR 832/2016.

Base legal: arts. 16 e 17 da Lei Complementar 101/2000 (LRF)

Responsáveis:

Identificação: **Paulo César Hartung Gomes** – Governador do Estado

Conduta: Encaminhar o Projeto de Lei Complementar 015/2016 à Assembleia Legislativa e sancionar a Lei Complementar 832/2016 sem os estudos de impacto orçamentário e financeiro, conforme determina a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Identificação: **Dayse Maria Oslegher Lemos** – Secretária de Estado de Gestão e Recursos Humanos – SEGER à época do envio do Projeto de Lei Complementar 015/2016 à Assembleia.

Conduta: Deixar de efetuar os estudos de impacto orçamentário e financeiro do Projeto de Lei Complementar 015/2016 conforme determina a Lei de Responsabilidade Fiscal, na medida em que sua Secretaria é responsável pelas atividades de planejamento, coordenação, controle e execução das atividades de concessão de vantagens e benefícios para as carreiras do Estado bem como do acompanhamento da legislação de pessoal.

A ITI 901/2017-5, em seu item 3.1, dispõe que verificou-se no sítio eletrônico da Assembleia que o único texto que acompanhou Projeto de Lei Complementar 15/2016, que originou a Lei Complementar Estadual 832/2016, foi a Mensagem 359/2016, não tendo sido apresentado nenhum estudo de estimativa de impacto financeiro para a aprovação da referida Lei Complementar.

Justificativas apresentadas:

A defesa apresentou os argumentos resumidos a seguir:

- É indubitável que a mera transformação da forma de provimento de cargo público não acarreta qualquer impacto financeiro ao erário, de maneira a tornar despicienda a observância da regra do art. 169, § 1º, da CR/88, sendo notória, por essa razão, a inaplicabilidade da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) ao caso *sub examine*. Os cargos já existiam na estrutura da Sefaz, a lei hostilizada apenas alterou o regime de provimento exclusivo até então vigente em prol dos auditores fiscais, motivo pelo qual não há que se falar em aumento de despesa.
- Não houve aumento de remuneração, concessão de vantagem ou qualquer incremento de despesa de pessoal que não estava anteriormente prevista em lei, isso porque a Lei Complementar Estadual n. 832/2016 não criou qualquer cargo novo na estrutura da Sefaz.
- Ora, o art. 17 da LRF diz ser "obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei [..] ou ato administrativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios", o que não é, de forma alguma, o caso da Lei Complementar hostilizada pelo Sindifiscal-ES, que não vinculou o Governador do Estado a nomear qualquer indivíduo que fosse. Trata-se, repise-se, da devolução de uma prerrogativa

que estava tolhida na legislação anterior, mas que não gerou automaticamente qualquer custo a ser arcado obrigatoriamente pelo erário.

- A Administração ver-se-á obrigada a elaborar impacto financeiro-orçamentário de toda e qualquer nomeação para exercício de cargo em comissão feita pelo Governador do Estado e apresentá-la aos órgãos de controle, o que, além de praticamente inexecutável, feriria de morte o princípio da separação dos poderes, já que essa é uma prerrogativa privativa do Chefe do Poder Executivo Estadual.

Análise:

Conforme apontado na ITI 901/2017-5, a Lei Complementar 832/2016, ao possibilitar o provimento dos cargos em comissão a pessoas alheias aos cargos efetivos da Sefaz, provocará aumento de 35% nas despesas de pessoal.

Isso porque a LC 832/2016 revogou dispositivos que garantiam o provimento desses cargos com servidores efetivos e os arts. 72⁵ e 96⁶ da Lei Complementar 46/1994 permitem que o servidor efetivo investido em cargo comissionado receba a gratificação de 65% sobre o vencimento do cargo.

Já em contrapartida, a investidura nesses cargos por pessoas alheias ao serviço público acarretará no recebimento do valor integral do vencimento do cargo, resultando em um acréscimo de até 35% no valor da despesa em relação ao provimento desses cargos.

A defesa alega, portanto, que não houve criação de cargos mas somente a alteração da forma de provimento dos cargos comissionados em questão. No entanto, a alteração da forma de provimento possibilitará a nomeação de pessoas alheias ao quadro efetivo da Sefaz, o que provocará aumento dessas despesas. E o aumento

⁵⁵ Art. 72. O servidor público efetivo enquanto em exercício de cargo em comissão deixará de perceber o vencimento ou remuneração do cargo efetivo, ressalvado o direito de opção, na forma do art. 96.

⁶ Art. 96. A gratificação por exercício de cargo em comissão será concedida ao servidor público que, investido em cargo de provimento em comissão, optar pelo vencimento do seu cargo efetivo. Parágrafo único - A gratificação a que se refere este artigo corresponderá a 65% (sessenta e cinco por cento) do vencimento do cargo em comissão. (Redação dada pela LC nº 408, de 26 de Julho de 2007).

deve atender ao art. 169 da Constituição Federal, reproduzido no art. 154 da Constituição Estadual, e bem detalhado na ITI 901/2017-5:

Art. 169. 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. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: [\(Renumerado do parágrafo único, pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

Já a estimativa do impacto orçamentário-financeiro quando houver aumento de despesa está prevista na Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme pode se ver em seus artigos 16 e 17:

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.

[...]

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.

§ 2º Para efeito do atendimento do § 1º, o ato será acompanhado de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.

§ 3º Para efeito do § 2º, considera-se aumento permanente de receita o proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 4º A comprovação referida no § 2º, apresentada pelo proponente, conterá as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, sem prejuízo do exame de compatibilidade da despesa com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.

§ 5º A despesa de que trata este artigo não será executada antes da implementação das medidas referidas no § 2º, as quais integrarão o instrumento que a criar ou aumentar.

[...]

Novamente, a defesa alega que somente alterou a forma de provimento dos cargos comissionados. Mas como bem evidente no § 1º do art. 17 da LRF, “os atos que criarem **ou aumentarem** despesas” devem ser instruídos com estimativa de impacto orçamentário-financeiro. Assim, ainda que não tenham sido criados cargos, o aumento da despesa por si só justificaria a instrução do ato com a respectiva estimativa de impacto.

De se ressaltar que também não se verificou a informação sobre a origem dos recursos para custeio do incremento nas despesas, gerado a partir da alteração na forma de provimento dos cargos, na mensagem que acompanhou o Projeto de Lei Complementar 15/2016.

A ITI deu destaque ao importante fato de que, caso não ocorra a observância dos arts. 16 e 17 da LRF, o art. 21 do mesmo diploma legal estabelece a nulidade do ato:

Art. 21. É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:

I - as exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no inciso XIII do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição;

[...]

Assim, conjugando-se os dispositivos das Constituições Federal e Estadual com os dispositivos da LRF, os vícios formais da Lei Complementar 832/2016 conduzem à conclusão de que é nulo de pleno direito qualquer ato administrativo decorrente da aplicabilidade da Lei ora questionada por não terem sido atendidas as exigências dos arts. 16 e 17 da LRF.

Como bem dito na ITI, a saúde financeira dos entes, em momento tão particular da economia do Estado e do País, depende da observância e, principalmente, do atendimento dos dispositivos legais.

A estimativa de impacto orçamentário financeiro para as despesas de caráter continuado é crucial manter o equilíbrio das contas públicas, principalmente no momento atual da economia do Estado e do País. Trata-se de uma imposição necessária para se manter a responsabilidade fiscal e evitar o aumento indiscriminado de despesas que afetarão a capacidade orçamentária e financeira do Estado, o que de fato não ocorreu na edição da Lei questionada. [...]

A exemplo prático, o próprio Governo do Estado recebeu alertas do TCEES no ano de 2015 em relação à Despesa Total com Pessoal que ultrapassou o limite estabelecido no art. 59, §1º, II, da LRF. No corrente ano, em consulta ao Demonstrativo da Despesa com Pessoalⁱⁱ do segundo quadrimestre, constata-se que a Despesa Total com Pessoal representou 43,82% da Receita Corrente Líquida, contra 44,10% do Limite de Alerta, o que ressalta ainda mais a importância de um estudo de impacto orçamentário e financeiro em relação a qualquer dispositivo que aumente despesa com pessoal.

Dessa forma, tendo em vista a ausência de estimativa de impacto orçamentário-financeiro da Lei Complementar 832/2016 em afronta aos arts. 16 e 17 da Lei Complementar 101/2000 (LRF), **opina-se pela manutenção da presente irregularidade.**

4. CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Por todo exposto, diante do preceituado no art. 319⁷, da Res. TC 261/2013, conclui-se opinando pela/pelo:

4.1 Conhecimento e acolhimento do incidente de inconstitucionalidade suscitado pela Área Técnica devendo este Tribunal negar exequibilidade à **Lei Complementar 832/2016**, eis que estabelece o acesso a estranhos ao serviço público aos cargos em comissão da estrutura organizacional da Sefaz, em **afronta ao preconizado nos incisos II e XXII do art. 37, da Constituição Federal, e do art. 32, XXVI, da Constituição Estadual**, consoante competência estabelecida no art. 1º, XXXV, e nos arts. 176 e seguintes da LC 621/2012 e artigos 332 e seguintes do Anexo Único da Resolução TCE 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), e Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal;

⁷ Art. 319. Na fase final da instrução dos processos, constitui formalidade essencial, além do exame da unidade competente, a elaboração da instrução técnica conclusiva.

§ 1º A instrução técnica conclusiva conterá, necessariamente:

I - a narrativa dos fatos;

II - os indícios de irregularidades, se existentes, apontados no relatório e na instrução técnica inicial;

III - a análise devidamente fundamentada, com o exame das questões de fato e de direito;

IV - a conclusão, com a proposta de encaminhamento.

4.2 Em caso de acolhimento do incidente de inconstitucionalidade com a consequente declaração de inaplicabilidade da Lei Complementar 832/2016, **declaração de nulidade** da cláusula 5.1, IV, do Edital 03/2016, ante as irregularidades consistentes na burla ao concurso público e na violação à exigência constitucional de a administração tributária ser exercida por servidores de carreira específica;

4.3 Em caso de acolhimento do incidente de inconstitucionalidade com a consequente declaração de inaplicabilidade da Lei Complementar 832/2016 e constituição de prejulgado nos termos do art. 177⁸ da LC 621/2012, **sugere-se que seja expedida notificação ao atual Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo**, cientificando-lhe do Acórdão proferido por este E. TCEES que contiver a decisão sobre o aludido incidente de inconstitucionalidade;

4.4 Rejeição das razões de justificativas apresentadas pelos senhores Paulo Cesar Hartung Gomes, Dayse Maria Oslegher Lemos, Bruno Funchal e Alexandre Nogueira Alves, confirmando-se a manutenção das irregularidade dos itens 3.1 e 3.2, e condenando, ao fim, os responsáveis à sanção prevista no art. 135, II, da Lei Complementar nº. 621/2012⁹;

4.5 Com fundamento no parágrafo único do art. 53 e no parágrafo único do art. 62, ambos da Lei Complementar nº 621/2012¹⁰, no inciso IV do art. 41 da Lei nº

⁸ Art. 177. A decisão, contida no acórdão que deliberar sobre o incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, solucionará a questão prejudicial, constituindo prejulgado a ser aplicado a todos os casos submetidos ao Tribunal de Contas.

⁹ Art. 135. O Tribunal de Contas poderá aplicar multa de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: [...]

II - prática de ato ou omissão, com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

¹⁰ Art. 53. São partes no processo o responsável e o interessado, que poderão praticar os atos processuais diretamente ou por intermédio de procurador regularmente constituído.

Parágrafo único. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas terá os mesmos poderes e ônus processuais do responsável e do interessado, observadas, em todos os casos, as prerrogativas asseguradas em lei.

Art. 62. A comunicação dos atos e decisões presume-se perfeita com a publicação no Diário Oficial do Estado ou outro meio de divulgação oficial do Tribunal de Contas, salvo as exceções previstas em lei.

Parágrafo único. A comunicação dos atos e decisões ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em qualquer caso, será feita pessoalmente diante a entrega dos autos com vista, sob pena de nulidade.

8.625/1993¹¹ e no inciso III do art. 85 da Lei Complementar Estadual nº 95/1997¹², **sejam os autos remetidos ao Ministério Público de Contas**, que requereu vista pessoal, após manifestação conclusiva da Área Técnica deste Tribunal.

Vitória, 21 de outubro de 2018.

Respeitosamente.

Júlia Sasso Alighieri
Auditor de Controle Externo
Matrícula 203.640

¹¹ Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:

[...]

IV -receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, através da entrega dos autos com vista;

¹² Art. 85. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de suas funções, além de outras previstas nas Constituições Federal e Estadual, nesta e em outras leis:

[...]

III -receber notificação e intimação pessoal em qualquer processo ou procedimento, através da entrega dos autos com vista;