
EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-RELATOR DO PROCESSO TC N. 9882/2016

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador abaixo subscrito, no uso de suas atribuições institucionais, com fulcro no art. 130 da Constituição Federal c/c art. 3º, inciso II, da LC n. 451/2008, manifesta-se nos seguintes termos.

Autos relatados na **Instrução Técnica Conclusiva – ITC 4391/2017-9**.

Em síntese, trata-se de Representação proposta por este *Parquet* de Contas em face da **PREFEITURA DE BOA ESPERANÇA**, sob a responsabilidade de **ROMUALDO ANTÔNIO GAIGHER MILANESE**, noticiando irregularidades decorrentes da contratação de servidores comissionados para desempenhar funções privativas de servidores efetivos.

A SecexPrevidencia, mediante a Manifestação técnica – **360/2017-6**, opinou pela perda parcial do objeto da representação, eis que evidenciada a revogação da legislação que regia a organização administrativa do município de Boa Esperança pela Lei Complementar Municipal n. 1615/2016, bem com sugeriu a admissão da OAB-ES e do SINDIADVOGADOS como terceiros interessados.

Entretanto, identificou a unidade técnica que a novata legislação prosseguiu com a irregularidade de atribuir ao cargo em comissão de Gerente Operacional de Proteção, Orientação e Defesa do Consumidor atividades típicas de Advogado.

Ato contínuo, o gestor foi citado para responder ao elencado no **item 2.1 da ITI 226/2017-6 – Contratação irregular de servidor comissionado em detrimento ao permissivo constitucional – cargo Gerente Operacional de Proteção, Orientação e Defesa do Consumidor.**

Vieram os autos ao Ministério Público de Contas após o advento da Instrução Técnica Conclusiva – ITC 4391/2017-9.

Pois bem.

Ab initio, registra-se que a figura do terceiro interessado está prevista no artigo 294 e §§ do RITCEES, que preceitua:

Art. 294. A habilitação de interessado no processo será efetivada, de ofício ou mediante o deferimento, pelo Relator, do pedido de ingresso do terceiro.

§ 1º O ingresso do terceiro interessado no processo será determinado de ofício quando houver necessidade de manifestação sobre questão de fato ou de direito pertinente à controvérsia dos autos, ou quando o terceiro puder ser atingido, de forma direta ou reflexa, por decisão do Tribunal.

§ 2º O interessado deverá demonstrar em seu pedido, formulado por escrito e devidamente fundamentado, de forma clara e objetiva, razão legítima para intervir no processo, que será objeto de manifestação da unidade técnica antes da decisão do Relator.

§ 3º O Relator indeferirá o pedido que não preencher o requisito do § 2º.
[...]

Salienta-se, conforme jurisprudência majoritária do Tribunal de Contas da União, o reconhecimento de terceiro como interessado, parte no processo, fica, em regra, condicionado à possibilidade concreta de lesão a direito subjetivo seu em decorrência de eventual deliberação que venha a ser adotada pelo Tribunal (Acórdão n. 1881/2014 – TCU – Plenário), o que não é o caso.

Há, pois, na espécie, falta de interesse da OAB e do SindiAdvogados para ingressar no presente feito; na dicção regimental, falta-lhe “razão legítima para intervir no processo”.

Quanto ao **mérito**, opinou a SecexPrevidencia, por meio da ITC 4391/2017-9, pela extinção do feito sem julgamento do mérito, por entender que além de ter havido a nomeação de um candidato aprovado no concurso para Advogado, o novo normativo constante do inciso IV do art. 53 da LCM n. 1615/2016 foi tacitamente revogado, conclusão esta extraída da alegação da defesa de que a função de representar o Município cabe apenas à Procuradoria Geral, conforme segue:

[...]

Com a revogação da norma viciada, o citado atendeu ao fim colimado no item 3.1 da representação do MPEC, anteriormente à Decisão Monocrática 301/2017, que determinou a respectiva citação.

Todavia, remanesceu o interesse processual em relação ao cargo comissionado de Gerente Operacional de Proteção, Orientação e Defesa do Consumidor, consoante MTP 360/2017.

Mas, conforme alegação da defesa, a função de representar o Município cabe apenas à Procuradoria Geral, o que torna “letra morta” disposição do inciso IV, do artigo 53 da Lei Complementar Municipal 1.615/2016:

Cabe descrever que conforme Lei Municipal nº 1.615/2016, a função de representar o município cabe única e exclusivamente à Procuradoria-Geral do Município, deste modo, na prática o inciso IV, do artigo 53 da Lei Municipal nº 1615 é “letra morta” da lei. Qualquer demanda que ultrapasse as funções do PROCON municipal é encaminhada à Procuradoria-Geral do Município para dissolução.

Também aduzido que seria inviável e antieconômico manter um advogado lotado no PROCOM Municipal:

Ademais, diante da atual situação do país e dos municípios seria de grande ineficiência para o serviço público ter um advogado lotado no PROCON municipal devido a pequena demanda do setor se compararmos com a imensa demanda de serviços que a Procuradoria Municipal possui.

Nesse passo, infere-se a revogação tácita e/ou interpretação conforme para o cargo **comissionado**⁶ de Gerente Operacional de Proteção, Orientação e Defesa do Consumidor, a ser ocupado apenas por integrante da carreira de Procurador.

Todavia, para evitar problemas futuros, cumpre seja expedida recomendação ao atual Chefe do Poder Executivo, para que a vaga seja ocupada apenas por servidor concursado integrante da carreira jurídica da Procuradoria Municipal.

Sendo assim, ante o fato novo decorrente da nomeação do candidato e da revogação "tácita" do inciso IV, do artigo 53 da Lei Complementar Municipal 1.615/2016, cumpre seja extinto o feito, sem julgamento de mérito, com recomendação ao atual gestor para que se abstenha de nomear servidor que seja de outra carreira que não a de procurador e/ou comissionado.

[...]

Contudo, não há como corroborar com o deslinde proposto pela unidade técnica, eis que em pesquisa realizada ao Portal da Transparência da Prefeitura de Boa Esperança pode-se constatar a ocupação do Cargo de Gerente Ocupacional por servidor comissionado.

Dados Funcionais	Histórico de Remuneração de 2018
Vínculo:	Cargo:
Comissionado	GERENTE OPERACIONAL
Nível Salarial:	Valor do Nível Salarial:
CC-04-A	R\$ 1.800,00
Horas Semanais:	Horas Mensais:
040:00	200:00
Secretaria de Lotação:	
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICIPIO	
Divisão:	
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICIPIO	
Seção:	
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICIPIO	
Local de Trabalho:	
PREFEITURA	
Centro de Custo:	
COMISSIONADO	

Ademais, o normativo disposto no art. 53 da LCM n. 1615/2016 está em plena vigência, devendo esse Tribunal negar exequibilidade ao inciso dessa norma que confere ao servidor comissionado atribuição privativa de procurador.

Subseção II Da Gerência Operacional de Proteção, Orientação e Defesa do Consumidor.

Art. 52. 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. 53. Compete ao Gerente Operacional de Proteção, Orientação e Defesa do Consumidor:

[...]

IV – representar judicial e extrajudicialmente o Órgão autarquia:

[...]

ANEXO I

CARGOS EM COMISSÃO		
I. SISTEMA ESTRUTURANTE DE ASSESSORIA DIRETA AO PREFEITO MUNICIPAL		
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO - PGM	SÍMBOLO	NÚM. DE CARGOS
Procurador-Geral do Município	CC-1	01
Gerente Operacional de Proteção, Orientação e Defesa do Consumidor.	CC-4	01

Ressalta-se que a atribuição elencada no inciso IV do art. 53 é da competência do servidor efetivo ocupante do cargo de Procurador Municipal, nos termos dos arts. 131 e 132 da Constituição Federal, e art. 122 da Constituição Estadual, representando o seu cometimento a servidores comissionados burla ao princípio do concurso público, insculpido no art. 37, II, da Constituição Federal e art. 32, II, da Constituição Estadual.

Frisa-se que esse Tribunal por meio do Acórdão 1090/2017 reiterou o entendimento de que há burla ao concurso público atribuir ao cargo em comissão atribuições típicas de Procuradores:

ACÓRDÃO TC-1090/2017 – SEGUNDA CÂMARA
PROCESSO - TC-7254/2015
JURISDICIONADO - PREFEITURA MUNICIPAL DE JOÃO NEIVA
ASSUNTO - FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO
REPRESENTANTE - MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL DE CONTAS RESPONSÁVEL
- ROMERO GOBBO FIGUEREDO
TERCEIRO INTERESSADO - MILENA SPINASSÉ SCARPATI

EMENTA

REPRESENTAÇÃO EM FACE DE SUPOSTAS IRREGULARIDADES NO MUNICÍPIO DE JOÃO NEIVA – 1) MANTER IRREGULARIDADE – 2) PROCEDÊNCIA – 3) DAR CIÊNCIA – 4) ARQUIVAR.

[...]

2. DA BURLA AO CONCURSO PÚBLICO

Alega a área técnica que a suposta irregularidade retrata dois fatos distintos, vale dizer, a nomeação para o cargo de Procurador Adjunto, cujas atribuições seriam típicas de cargos de provimento efetivo; e a contratação temporária de advogado para a realização de serviços rotineiros da Administração. Quanto à primeira situação, constatou a ITC 5797/2015 que:

[...] o preenchimento do cargo, ante as circunstâncias encontradas na Procuradoria Municipal de João Neiva, indica que as atribuições de servidores efetivos eram exercidas exclusivamente por pessoas providas em cargo em comissão.

Isto porque, segundo pesquisa realizada pela autoridade representante (fls. 158/160) e não contestada pelo justificante, demonstra que a Procuradoria Municipal tinha em seus quadros apenas o Procurador Geral e o Procurador Adjunto, sem a presença de



qualquer servidor efetivo. Logo, isso reforça o entendimento de que tais agentes exerciam as atribuições afetas à Procuradoria Municipal, transcritas no art. 19 da Lei Municipal 1.138/01, típicas e corriqueiras em setor jurídico de qualquer município, tendo como atribuições, dentre outras: defesa em juízo do município, execução de dívida ativa e elaboração de pareceres.

[...]

Logo, em face da situação fática encontrada naquele município no exercício de 2015, é certo que atividades de caráter técnico, permanente e continuado são exercidas por servidores comissionados, sem nenhuma participação de servidores efetivos nomeados após regular concurso público, burlando os termos do art. 37, V da CRFB/88. [...]

[...]

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-7254/2015, **ACORDAM** os Srs. conselheiros da Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e três de agosto de dois mil e dezessete, à unanimidade, nos termos do voto do relator, conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges:

1. Manter a seguinte irregularidade, referente ao item:

Burla ao concurso público. Base Legal: artigo 37, II e IX, da CFRB.

2. Considerar **procedente** a representação apresentada pelo Ministério Público de Contas, na forma do artigo 95, inciso II, e 99, § 2º, ambos da Lei Complementar Estadual nº 621/2012; 3. **Dar ciência** ao representante do teor da decisão final a ser proferida; 4. Após certificado o trânsito em julgado, arquivar os presentes autos, com fulcro no art. 207, III, do Regimento Interno desta Corte.

Cita-se aqui o ACÓRDÃO TC-078/2012, proferido no processo TC-7242/2011 desse Tribunal, o qual trata da imprescindibilidade de que as atividades de assessoria e consultoria jurídica e representação judicial do município sejam exercidas por Procurador de carreira, vejamos:

REPRESENTAÇÃO – ATRIBUIÇÃO DA ATIVIDADE DE PROCURADOR MUNICIPAL A SERVIDORES COMISSIONADOS – DETERMINAR ANULAÇÃO DOS ATOS DE NOMEAÇÃO AOS CARGOS COMISSIONADOS NO PRAZO DE 30 DIAS.

Ademais, em recente julgamento (Acórdão TC-490/2018) esse Tribunal determinou ao Município de Alfredo Chaves que nomeasse os procuradores aprovados em concurso público para ocupar os cargos antes preenchidos por comissionados, assim como notificou a Procuradoria Geral para que se abstevesse de designar servidor comissionado para assumir a representação judicial e extrajudicial do município:

ACÓRDÃO 00490/2018-8

AGRAVO – CONTROLE EXTERNO FISCALIZAÇÃO – CONHECER – CONCEDER EFEITO ATIVO – PROCEDÊNCIA – NOTIFICAÇÃO – DETERMINAÇÃO – APENSAR.

[...]

DA FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO:

Depreende da Lei nº 346/2011 que dispõe sobre a Procuradoria Geral do Município que compete ao Procurador Municipal exercer atividades extrajudicial e judicial do Município de Alfredo Chaves e tão somente na falta do Procurador Municipal ou no impedimento de todos que autoriza o subprocurador o exercício das atribuições, vejamos:

Art. 8º Ao Procurador do Município compete: ... §3º - Na falta ou impedimento de todos os Procuradores Municipais, as atribuições dos mesmos serão exercidas pelo subprocurador geral do Município.

Estabelece ainda o artigo 4º, XIII da citada lei que:



Art. 4º - Ao Procurador Geral do Município compete: ... XIII – Avocar o exercício de ato inerente à atribuição do Subprocurador geral e dos Procuradores Municipais.

Da interpretação da legislação inerente à Procuradoria Geral do Município, somente em casos excepcionais que o exercício das atribuições extrajudiciais e judiciais inerentes ao cargo de Procurador Municipal efetivo, poderão ser exercidas pelo Procurador Geral ou Subprocurador Geral.

O Artigo 18, ainda da mesma legislação local assim preceitua:

Art. 18 – Os cargos comissionados previstos na Lei 092/2005 continuam em vigor, até preenchimento através de concurso público dos cargos efetivos de procuradores, previstos no inciso IV do art.2º e anexo II desta Lei.

Feitas estas considerações, visualizo no caso concreto que, diante da realização de concurso público com candidatos devidamente aprovados, o exercício das atribuições inerentes ao cargo de Procurador Municipal está sendo exercido ao arrepio da Lei Municipal nº 346/2011. [grifo nosso]

Pois bem, no caso concreto a Administração alega, além de entender que o Procurador Geral possa exercer as atividades inerentes do Procurador Municipal, esclarece que as nomeações ao concurso público dentro do prazo de validade está adstrito aos critérios de oportunidade e conveniência, não havendo, portanto, burla à legislação.

De acordo com a atual percepção do Supremo Tribunal Federal, não mais é permitida a injustificada omissão da Administração. A recusa, apenas será considerada lícita em casos de comprovada situação excepcional e superveniente (ex.: atingimento de gastos com pessoal, nos termos dos arts. 169 da Constituição Federal e 22, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal), este entendimento visa assegurar o princípio da segurança jurídica.

Importante destacar que a Administração não é obrigada a realizar a nomeação assim que o concurso é homologado. De acordo com a sua discricionariedade, ela pode efetuar as convocações durante todo o período de validade do concurso, período este que pode ser prorrogado por única vez, observando, sempre que se um candidato aprovado dentro do número de vagas, foi convocado, contudo manifestou sua desistência, imediatamente o candidato subsequente passará a ter o direito subjetivo à nomeação, devendo ser obedecida a ordem de classificação no concurso.

[...]

1. ACÓRDÃO

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

1.1 Conhecer do presente Agravo restando presentes os pressupostos recursais;

1.2 Rejeitar a preliminar de suspensão do processo de Representação – TC 9109/2017 arguida pelo Agravado, nos termos do voto do relator;

1.3 Dar provimento ao presente Agravo, concedendo efeito ativo, DETERMINANDO ao chefe do executivo de Alfredo Chaves que no prazo de 30 (trinta) dias nomeie, na forma proposta pela área técnica, no mínimo, dois procuradores efetivos aprovados em concurso público levado a efeito pela municipalidade, observada a ordem de classificação e demais aspectos atinentes ao certame, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) nos moldes do artigo 135, § 2º da LC 621/2012; [grifo nosso]

1.4 Encaminhar, após cumprido o “item 3” dessa decisão, a comprovação da publicação e do efetivo cumprimento da presente decisão a esta Corte, no prazo de 05 (cinco) dias, conforme previsto no art. 307, § 4º, do RITCEES;

1.5 Determinar o seguimento do rito sumário aos autos TC 9109/2017;

1.6 Notificar a Procuradoria Geral do Município para que se abstenha em realizar e designar servidor comissionado para assumir a representação judicial e extrajudicial do município, como também, abster de mandar qualquer ação de cobrança de dívida ativa, atividades desempenhadas especificamente por Procurador efetivo, consoante art. 132 da Constituição Federal, art. 122 da Constituição Estadual e arts. 6º, 8º e 18º da Lei Municipal nº 346/2011; [grifo nosso]

Nesta linha, a jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal Federal, publicada no Informativo 771, a qual, em razão do princípio da simetria, aplica-se também aos municípios:

Art. 132 da CF e criação de cargos comissionados

O Plenário referendou medida liminar concedida monocraticamente com o fim de suspender os efeitos da alínea “a” do inciso I do art. 3º; dos artigos 16 e 19; e do Anexo IV, todos da Lei 8.186/2007, do Estado da Paraíba. **Os dispositivos criam cargos em comissão, no âmbito do Estado-membro, de “Consultor Jurídico do Governo”; “Coordenador da Assessoria Jurídica”; e “Assistente Jurídico”. O Colegiado reputou violado o art. 132 da CF, que confere aos Procuradores de Estado a representação exclusiva do Estado-membro em matéria de atuação judicial e de assessoramento jurídico, sempre mediante investidura fundada em prévia aprovação em concurso público.** O aludido dispositivo constitucional teria por escopo conferir às procuradorias não apenas a representação judicial, como também o exame da legalidade interna dos atos estaduais, a consultoria e a assistência jurídica. O órgão deveria possuir ocupantes detentores das garantias constitucionais conducentes à independência funcional, para o bom exercício de seu mister, em ordem a que os atos não fossem praticados somente de acordo com a vontade do administrador, mas também conforme a lei. **Assim, essa função não poderia ser exercida por servidores não efetivos, como no caso. [grifo nosso]**

Por fim, julgou prejudicados embargos declaratórios opostos pelo Governador. ADI 4843 MC-Referendo/PB, rel. Min. Celso de Mello, 11.12.2014. (ADI-4843)

Desse modo, mister seja negada exequibilidade ao art. 53, inciso IV, da Lei Complementar Municipal n. 1.615/2016, por ofensa aos arts. 37, *caput*, e incisos II e V, 131 e 132 e da Constituição Federal e art. 32, *caput*, inciso II e V, e 122 da Constituição Estadual.

Ante todo o exposto, pugna o **Ministério Público de Contas**:

1 – Preliminarmente, na forma dos arts. 176 e 177 da LC n. 621/2012 c/c arts. 332 e 333 do RITCEES, seja instaurado incidente de inconstitucionalidade para **negar exequibilidade** art. 53, inciso IV, da Lei Complementar Municipal n. 1.615/2016, observada a reserva de plenário, exigida pelo art. 97 da Constituição Federal;

2 – Quanto ao mérito, seja **CONHECIDA** a presente representação, para, no mérito, julgá-la **PROCEDENTE EM PARTE**, na forma dos arts. 94, 95, inciso II, e 99, § 2º, da LC n. 621/2012;

3 – seja determinado ao gestor, nos termos do art. 87, inciso VI, da LC n. 621/12, que se abstenha de atribuir a servidor comissionado as funções de representação judicial e extrajudicial do município, pois inerentes ao cargo de procurador municipal.



2ª Procuradoria de Contas

Reserva-se, ainda, este *Parquet* ao direito de manifestar-se oralmente em sessão de julgamento, na forma do inciso III do art. 41 da Lei n. 8.625/1993¹, bem como no parágrafo único do art. 53 da LC n. 621/12².

Vitória, 21 de maio de 2018.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR-GERAL
MINISTÉRIO PÚBLICO 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.**