

REPRESENTAÇÃO N. 859106

Representante: Gilberto Fernandes de Araújo – presidente da Câmara Municipal de Itamarandiba em 2011

Representado: Município de Itamarandiba

Responsáveis: Gelte Antônio Costa, Eduardo César Moreira, Erildo do Espírito Santo Gomes

Procurador(es): Acácio Wilde Emílio dos Santos – OAB/MG nº 81.810, Hermann Wagner da Fonseca Alves – OAB/MG nº 23.907, Graciele Chaisa Costa – OAB/MG nº 141.287, Rogério Willian Lisboa – OAB/MG nº 116.018, Luciano Nogueira Esteves – OAB/MG nº 81.941

MPTC: Glaydson Santo Soprani Massaria

RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

EMENTA

REPRESENTAÇÃO. MUNICÍPIO. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. IRREGULARIDADES NA CRIAÇÃO E PROVIMENTO DE CARGOS COMISSIONADOS. CARGOS EM COMISSÃO SEM ATRIBUIÇÕES DE CHEFIA, DIREÇÃO OU ASSESSORAMENTO. PERDA DE OBJETO DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE NA CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO. ENCAMINHAMENTO AO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL.

1. As leis municipais que criam cargos em comissão para os quais não foram fixadas atribuições relacionadas a funções de direção, chefia e assessoramento são inconstitucionais por afrontarem o disposto no art. 37, V, da Constituição da República e no art. 23 da Constituição Estadual.
2. O vigente comando do *caput* do art. 23 da Constituição do Estado de Minas Gerais estabelece: 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.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

36ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, realizada no dia 14/12/2016

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de representação formulada pelo Senhor Gilberto Fernandes de Araújo – presidente da Câmara Municipal de Itamarandiba em 2011, por meio da qual encaminha a este Tribunal o relatório conclusivo da Comissão Especial designada para apurar denúncia apresentada pela

Senhora Luciana Piovezan Fernandes Figueiredo em face de irregularidades praticadas na referida municipalidade quando da criação e do provimento de cargos comissionados.

O representante alegou, às fls. 01/10, que diversas leis municipais criaram cargos comissionados com o intuito de burlar a regra dos concursos públicos e de permitir que o Poder Executivo substituísse diretamente as contratações temporárias que haviam sido impugnadas pelo Ministério Público Estadual. De acordo com o Presidente da Câmara, tais leis seriam inconstitucionais, uma vez que criaram cargos em comissão sem atribuições de chefia, direção ou assessoramento, conforme determinado pelo art. 37, inciso V, da Constituição Federal. Aduziu, por fim, que algumas leis sequer possuíam a definição das atribuições/funções dos cargos comissionados criados, conferindo ao Poder Executivo a prerrogativa de, por meio de decreto municipal, fazer tal regulamentação.

Após regular tramitação, a Primeira Câmara, em face do disposto no art. 97 da Constituição da República, deliberou, na sessão de 16/11/16, pela afetação a este Colegiado da matéria relativa à inconstitucionalidade de disposições constantes na Lei Complementar nº 01/09 e nas Leis Ordinárias nº 1795/97 e 2188/07, tendo em vista que a criação de cargos em comissão para o exercício de funções alheias à direção, chefia ou assessoramento afronta o disposto no inciso V do art. 37 da Constituição da República e no art. 23 da Constituição Estadual, além de representar burla à norma constitucional do concurso público.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Na sessão de 16/11/16, a Primeira Câmara, por entender serem inconstitucionais as leis editadas pelo Município de Itamarandiba com vistas à criação de cargos em comissão com atribuições diversas das funções de direção, chefia ou assessoramento, submeteu a matéria à deliberação deste Tribunal Pleno, com base nos seguintes fundamentos:

(...) o Ministério Público de Contas opinou pela afetação ao Tribunal Pleno da inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar Municipal nº 01/09 e das Leis Ordinárias nºs 1795/97 e 2188/07, diante da alegação do representante e da confirmação pela Unidade Técnica de que os seguintes cargos de provimento em comissão no âmbito do Município de Itamarandiba, não possuem atribuições relacionadas a função de direção, chefia ou assessoramento:

Norma	Cargo
LC nº 01/09	Procurador Municipal
Lei nº 2188/07	Secretário Escolar
Lei nº 1795/97	Secretária do Prefeito
	Motorista do Gabinete

O Órgão Técnico apurou, ainda, a existência dos cargos em comissão de Superintendente, Coordenador, Encarregado de Serviço, Chefe de Departamento, Gerente de Serviço, Assessor de Gabinete, Procurador-Geral e Secretário Municipal, criados pela Lei nº 1795/97, para os quais não foram definidas as atribuições, o que inviabilizou a aferição da regularidade de sua criação.

Em sede de defesa, o Senhor Gelte Antônio Costa limitou-se a alegar que os cargos previstos nas leis questionadas eram da estrita confiança do gestor público e possuíam nítida natureza de assessoramento (fl. 329).

Acerca desse tema, cumpre esclarecer que o art. 37, V, da Constituição da República, dispõe que:

Art. 37 – (...)

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;

No mesmo sentido, o art. 23 da Constituição do Estado de Minas Gerais prevê que:

Art. 23 - 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.

Não restam dúvidas, portanto, de que os cargos de provimento em comissão devem ter como atribuição o exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento. Essa restrição justifica-se diante das ressalvas contidas no inciso II do art. 37 da Constituição da República e no § 1º do art. 21 da Constituição Estadual, que, de forma excepcional, dispensam a realização de prévio concurso público para seleção dos ocupantes de cargos em comissão, *in verbis*:

Art. 37 – (...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Art. 21 – (...)

§ 1º A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Nesse cenário, a criação de cargos em comissão para o exercício de funções alheias à direção, chefia ou assessoramento acarreta a burla à regra do concurso público, “instrumento que melhor representa o sistema do mérito, porque traduz um certame de que todos podem participar nas mesmas condições, permitindo que sejam escolhidos realmente os melhores candidatos”¹. Trata-se de regra que visa a garantir a observância, dentre outros, dos princípios constitucionais da isonomia, da moralidade e da impessoalidade.

No presente caso, é possível verificar que as atribuições dos cargos de Procurador Municipal e de Secretário Escolar não condizem com funções de direção, chefia e

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1. p. 597.

assessoramento. Em relação ao primeiro cargo, a Lei Complementar nº 01/09 previu que as seguintes competências para aquele que ocupá-lo.

Procurador Municipal – responsabilizar-se pelo serviço jurídico da Prefeitura, propositura e acompanhamento de ações, executivos fiscais, acompanhamento de ações em que o Município for autor ou réu ou interessado, elaborar pareceres em licitações, projetos de lei, justificativas, portarias, contratos, pareceres em geral e outros atos da competência do Executivo Municipal ou de qualquer autoridade da administração direta do Município, promoção de sindicâncias e investigações sumárias e inquéritos administrativos, podendo no interesse da administração pública, requisitar informações e documentos dos órgãos da administração direta e indireta, fixando prazo razoável para cumprimento, sob pena de responsabilidade emissão de pareceres em matéria disciplinar e demais atividades correlatas à questões jurídicas da Prefeitura;

Já em relação ao cargo de Secretário Escolar, a Lei nº 2.188/07 estabeleceu as atribuições a seguir:

Secretário Escolar – a) cumprir as determinações pedagógicas e administrativas; b) colaborar com as atividades de articulação da escola com as famílias e a comunidade, inclusive com a atividades extraclasse; c) controlar a frequência dos alunos e servidores da escola; d) responsabilizar-se pela documentação do corpo discente e docente da instituição e desempenhar tarefas afins.

Como visto, as atribuições desses dois cargos inserem-se em um contexto de tarefas burocráticas e operacionais. Veja-se que, ainda que as atividades exercidas pelos seus ocupantes sejam necessárias e relevantes para a rotina da Administração, não há elementos que indiquem que os pretendidos servidores exercerão funções de chefia, direção e assessoramento. Sendo assim, não há razão jurídica para que o provimento dos referidos cargos fuja à regra do concurso público e seja realizado livremente pelo prefeito do Município.

Já no que diz respeito aos cargos de Motorista de Gabinete e Secretária do Prefeito, embora não haja descrição das suas atribuições nas normas municipais, o Ministério Público de Contas bem salientou que eles “albergam atividades instrumentais, sem qualquer característica de chefia, direção ou assessoramento que permitisse o seu provimento mediante cargo em comissão” (fl. 369).

De fato, na linha do que entendeu o Órgão Ministerial, falta aos referidos cargos o poder de comando típico dos cargos em comissão. Tanto é assim que o próprio Ministério Público de Contas opinou pela extinção ou pela terceirização dessas atividades. Com efeito, tendo em vista que as atribuições de Motorista e de Secretária constituem atividades-meio da Administração Pública, não vejo impedimento legal para que elas sejam terceirizadas. Por outro lado, não se mostra juridicamente possível que tais cargos sejam providos livremente pelo gestor, uma vez que não possuem, em sua gênese, funções de chefia, direção e assessoramento.

Importante destacar que, em situações como a presente, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado pela inconstitucionalidade dos cargos em comissão que não possuem atribuições de chefia, direção ou assessoramento. A esse respeito, confirmam-se as seguintes decisões:

É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuam caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandem relação de confiança entre o

servidor nomeado e o seu superior hierárquico. Precedentes. (RE 735788 AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber, DJe 29-08-2014).

A Constituição Federal, no inciso V do artigo 37, preceitua 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, sendo inconcebível que a exigência constitucional do concurso público não possa ser contornada pela criação arbitrária de cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza, bem assim que, a título de preenchimento provisório de vaga ou substituição do titular do cargo – que deve ser de provimento efetivo, mediante concurso público –, se proceda à livre designação de servidores ou ao credenciamento de estranhos ao serviço público. (RE 503436 AgR-segundo, Relator(a): Min. Luiz Fux, DJe PUBLIC 06-05-2013).

Diante disso, não restam dúvidas de que a criação dos cargos de Procurador Municipal, Secretário Escolar, Motorista de Gabinete e Secretária do Prefeito, constantes na Lei Complementar nº 01/09 e nas Leis Ordinárias nº 1795/97 e 2188/07, é inconstitucional, por afrontar o disposto no inciso V do art. 37 da Constituição da República e no art. 23 da Constituição Estadual.

(...)

Em face do exposto, em preliminar, com fundamento no art. 97 da Constituição da República e no art. 26, V, do Regimento Interno, voto pela afetação da matéria ao Tribunal Pleno a fim de que delibere sobre a inconstitucionalidade da criação dos seguintes cargos no âmbito do Município de Itamarandiba:

- a) Procurador Municipal, constante no art. 1º, inciso III, da Lei Complementar nº 01/09;
- b) Secretário Escolar, constante no art. 1º, inciso I, da Lei nº 2.188/07;
- c) Motorista de Gabinete, constante no Anexo II da Lei nº 1.795/97;
- d) Secretária do Prefeito, constante no Anexo II da Lei nº 1.795/97.

Reconhecida a inconstitucionalidade das referidas normas pelo Tribunal de Contas impõe-se o retorno do processo à Primeira Câmara para que prossiga com o julgamento do mérito do processo, aplicando sanções e/ou determinando a devolução de valores ao erário em face da suposta irregularidade das despesas.

Com fundamento no disposto no art. 32, VII, da Lei Orgânica e no art. 118, III, da Constituição Estadual, entretanto, determino seja remetida cópia desta decisão ao Procurador-Geral do Ministério Público de Contas a fim de que represente ao Procurador-Geral de Justiça para ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade em face das leis do Município de Itamarandiba.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, voto pela inconstitucionalidade dos dispositivos que criaram os seguintes cargos no âmbito do Município de Itamarandiba:

- a) Procurador Municipal, constante no art. 1º, inciso III, da Lei Complementar nº 01/09;
- b) Secretário Escolar, constante no art. 1º, inciso I, da Lei nº 2.188/07;

- c) Motorista de Gabinete, constante no Anexo II da Lei nº 1.795/97;
- d) Secretária do Prefeito, constante no Anexo II da Lei nº 1.795/97.

Com fundamento no disposto no art. 32, VII, da Lei Orgânica e no art. 118, III, da Constituição Estadual, determino seja remetida cópia desta decisão ao Procurador-Geral do Ministério Público de Contas a fim de que represente ao Procurador-Geral de Justiça para ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade diante dos fatos apurados nos presentes autos.

Após, retornem os autos ao meu gabinete para que submeta à apreciação da Primeira Câmara deliberação sobre o mérito do processo.

Então, estamos aqui apenas para declarar, ou não, a inconstitucionalidade dessas normas.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SEBASTIÃO HELVECIO:

Neste caso, eu voto.

Como vota o Conselheiro Mauri Torres?

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Peço vista, Senhor Presidente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SEBASTIÃO HELVECIO:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO MAURI TORRES.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR-GERAL DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)

RETORNO DE VISTA

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

6ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 29/03/2017

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Representação formulada pelo Sr. Gilberto Fernandes de Araújo, Presidente da Câmara Municipal de Itamarandiba em 2011, por meio da qual encaminha a este Tribunal o relatório conclusivo da Comissão Especial designada para apurar denúncia de irregularidades praticadas relacionadas à criação e ao provimento de cargos comissionados, criados por leis que seriam inconstitucionais por não se referirem a atribuições de chefia, direção ou assessoramento, conforme determinado pelo art. 37, inciso V, da Constituição Federal.

O referido relatório apontou que algumas leis municipais não possuíam a definição das atribuições/funções dos cargos comissionados criados, conferindo ao Poder Executivo a prerrogativa de fazer tal regulamentação por meio de decreto municipal.

Na sessão da Primeira Câmara do dia 16/11/2016, foi aprovada a afetação da matéria ao Tribunal Pleno, para apreciação de constitucionalidade de dispositivos legais, em face do disposto no art. 97 da Constituição da República.

Na sessão do Tribunal Pleno do dia 14/12/2016, foi iniciada a apreciação do presente processo, tendo o relator concluído pela inconstitucionalidade dos dispositivos legais que criaram os cargos de Procurador Municipal, Secretário Escolar, Motorista de Gabinete e Secretária do Prefeito.

Em seguida, com fundamento no art. 32, VII, da Lei Orgânica e no art. 118, III, da Constituição Estadual, o Relator determinou que fosse encaminhada cópia da decisão ao Procurador-Geral do Ministério Público de Contas, para que representasse ao Procurador-Geral de Justiça para ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade dos fatos apurados nos presentes autos.

Por fim, determinou o retorno dos autos a seu gabinete para posterior apreciação do mérito do processo na Primeira Câmara, ressaltando que naquela sessão do Pleno estaria em discussão apenas a inconstitucionalidade das normas.

Em face disso, pedi vista dos autos para analisar melhor a matéria.

II – FUNDAMENTAÇÃO

De início registro que a presente Representação foi encaminhada pelo Presidente da Câmara Municipal de Itamarandiba no exercício de 2011 e se baseia no relatório da Comissão Especial da Câmara que apurou a ocorrência de irregularidades nas nomeações, realizadas pelo Prefeito Municipal à época, Gelte Antônio Costa, para cargos comissionados criados pelas Leis Municipais n. 1.795/1997, 1.812/1997, 2.086/2005, 2.188/2007, que seriam inconstitucionais.

Após instrução dos autos e afetação da matéria a este Colegiado, o Relator transcreveu o parecer do Ministério Público junto ao Tribunal e apresentou seu voto nos seguintes termos:

[...]

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, voto pela inconstitucionalidade dos dispositivos que criaram os seguintes cargos no âmbito do Município de Itamarandiba:

- a) Procurador Municipal, constante no art. 1º, inciso III, da Lei Complementar nº 01/09;*
- b) Secretário Escolar, constante no art. 1º, inciso I, da Lei nº 2.188/07;*
- c) Motorista de Gabinete, constante no Anexo II da Lei nº 1.795/97;*
- d) Secretária do Prefeito, constante no Anexo II da Lei nº 1.795/97.*

Com fundamento no disposto no art. 32, VII, da Lei Orgânica e no art. 118, III, da Constituição Estadual, determino seja remetida cópia desta decisão ao Procurador-Geral do Ministério Público de Contas a fim de que represente ao Procurador-Geral de Justiça para ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade diante dos fatos apurados nos presentes autos.

Após, retornem os autos ao meu gabinete para que submeta à apreciação da Primeira Câmara deliberação sobre o mérito do processo.

Então, estamos aqui apenas para declarar, ou não, a inconstitucionalidade dessas normas.

As atribuições dos cargos de Procurador Municipal e de Secretário Escolar foram transcritas na decisão que afetou a matéria ao Pleno, apreciada na sessão da Primeira Câmara de 16/11/2016, notas taquigráficas às fls. 522/524, nos seguintes termos:

Não restam dúvidas, portanto, de que os cargos de provimento em comissão devem ter como atribuição o exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento. Essa restrição justifica-se diante das ressalvas contidas no inciso II do art. 37 da Constituição da República e no § 1º do art. 21 da Constituição Estadual, que, de forma excepcional, dispensam a realização de prévio concurso público para seleção dos ocupantes de cargos em comissão, in verbis:

Art. 37 – (...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Art. 21 – (...)

§ 1º A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Nesse cenário, a criação de cargos em comissão para o exercício de funções alheias à direção, chefia ou assessoramento acarreta a burla à regra do concurso público, “instrumento que melhor representa o sistema do mérito, porque traduz um certame de que todos podem participar nas mesmas condições, permitindo que sejam escolhidos realmente os melhores candidatos”². Trata-se de regra que visa a garantir a observância, dentre outros, dos princípios constitucionais da isonomia, da moralidade e da impessoalidade.

No presente caso, é possível verificar que as atribuições dos cargos de Procurador Municipal e de Secretário Escolar não condizem com funções de direção, chefia e assessoramento. Em relação ao primeiro cargo, a Lei Complementar nº 01/09 previu as seguintes competências para aquele que ocupá-lo:

Procurador Municipal – responsabilizar-se pelo serviço jurídico da Prefeitura, propositura e acompanhamento de ações, executivos fiscais, acompanhamento de ações em que o Município for autor ou réu ou interessado, elaborar pareceres em licitações, projetos de lei, justificativas, portarias, contratos, pareceres em geral e outros atos da competência do Executivo Municipal ou de qualquer autoridade da administração direta do Município, promoção de sindicâncias e investigações sumárias e inquéritos administrativos, podendo no interesse da administração pública, requisitar informações e documentos dos órgãos da administração direta e indireta, fixando prazo razoável para cumprimento, sob pena de

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1. p. 597.

responsabilidade emissão de pareceres em matéria disciplinar e demais atividades correlatas à questões jurídicas da Prefeitura;

Já em relação ao cargo de Secretário Escolar, a Lei nº 2.188/07 estabeleceu as atribuições a seguir:

Secretário Escolar – a) cumprir as determinações pedagógicas e administrativas; b) colaborar com as atividades de articulação da escola com as famílias e a comunidade, inclusive com a atividades extraclasse; c) controlar a frequência dos alunos e servidores da escola; d) responsabilizar-se pela documentação do corpo discente e docente da instituição e desempenhar tarefas afins.

Como visto, as atribuições desses dois cargos inserem-se em um contexto de tarefas burocráticas e operacionais. Veja-se que, ainda que as atividades exercidas pelos seus ocupantes sejam necessárias e relevantes para a rotina da Administração, não há elementos que indiquem que os pretensos servidores exercerão funções de chefia, direção e assessoramento. Sendo assim, não há razão para que o provimento dos referidos cargos fuja à regra do concurso público e seja realizado livremente pelo prefeito do Município.

Analisando as atribuições dos cargos acima transcritos, permito-me discordar do Relator com relação à inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 01/2009 que dispõe sobre o cargo de Procurador Municipal.

Verifica-se que, dentre as atividades a serem desempenhadas pelo Procurador Municipal estabelecidas na Lei Complementar nº 01/09, está a responsabilidade pelos serviços jurídicos da Prefeitura, a emissão de pareceres em diversas áreas de atuação do Município e o assessoramento em atos diversos da competência do Executivo Municipal ou de qualquer autoridade da administração direta, o que, a meu ver, mostra-se compatível com as atividades de assessoramento, em consonância com o disposto no inciso V do art. 37 da Constituição da República e no art. 23 da Constituição Estadual.

No artigo publicado na Revista do TCEMG jan/fev/mar. 2012, denominado “Das funções de confiança *stricto sensu* e dos cargos em comissão: abordagem constitucional adequada”, da lavra da Procuradora do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, Maria Cecília Borges, foi estabelecida a seguinte distinção entre as atribuições de assessoramento e chefia compatíveis com as funções de confiança:

[...]

*Verifica-se, mediante simples leitura da Constituição Federal, o elemento comum ao que neste trabalho chamamos funções de confiança, qual seja, **sua destinação às atribuições de direção, chefia e assessoramento.***

[...]

*Os agentes públicos ocupantes de funções de confiança possuem vínculo transitório com a Administração Pública, **seja no exercício de função de assessoramento, que é de prestar auxílio e assistência a agentes públicos mais graduados, detentores de competências decisórias, seja no de direção ou chefia, cujas atribuições se ligam à condução de atividades com capacidade decisória, devendo ficar demonstrado, para que se comprove sua necessidade, que, sem referidas funções de confiança a autoridade não teria condição de atuar com eficiência desejada (CAMMAROSANO, 2006, p. 30).***

Embora muito se discuta acerca da forma correta para a contratação dos serviços jurídicos na Administração Pública, tenho defendido que a contratação de assessoramento jurídico deve observar as nuances do caso concreto e as diferenças estruturais de cada ente público contratante.

Nesse sentido destaco o parecer exarado pelo Procurador-Geral da República à época, Roberto Monteiro Gurgel Santos, nos autos do Processo de Proposta de Súmula Vinculante n. 18/DF, cujo trecho transcrevo abaixo por esclarecedor:

[...] por abranger as mais variadas e desiguais situações, compreendendo desde metrópoles como São Paulo até pequenas municipalidades no interior do país, no âmbito dos municípios poderão existir desde procuradorias estruturadas – com advogados efetivos, concursados e integrados em carreira jurídica – até hipóteses de advogado único, nomeado para o cargo em comissão ou contratado para representar o ente judicialmente. Desta feita, em homenagem ao princípio federativo, incumbe ao Município optar pela instituição de procuradoria municipal ou pela contratação de profissionais para execução dos serviços advocatícios. Essa questão merece destaque especialmente em Estados tais como Minas Gerais, com mais de 800 municípios, a maioria de pequeno porte e com baixo índice populacional. Contudo, a liberdade regulamentar do município, advinda do princípio federativo, não é ilimitada. A própria Constituição da República, ao tratar do tema, estabeleceu, no caput de seu art. 25, que o Município rege-se-á por lei orgânica [...] atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, não Constituição do respectivo Estado [...] (grifo nosso)

Desse modo, peço vênia para discordar do Relator com relação à declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 01/2009, que criou o cargo em comissão de Procurador do Município, por entender que as atribuições descritas na referida norma se mostram compatíveis com as atividades de assessoramento jurídico, em observância ao disposto no inciso V do art. 37 da Constituição da República e no art. 23 da Constituição Estadual

Com relação à Lei n. 2.188/07, que criou o cargo de Secretário Escolar, verifica-se que não há nas atribuições do cargo atividades que denotem funções de direção, chefia e assessoramento, motivo pelo qual deve ser declarada incidentalmente a inconstitucionalidade dessa norma.

No que tange à Lei Ordinária Municipal nº 1795/97, que criou os cargos em comissão de Motorista de Gabinete e Secretária do Prefeito, embora não haja descrição das suas atribuições nas normas municipais, concordo com o Relator que essas atribuições constituem atividade meio e, portanto, não se amoldam às funções de direção, chefia e assessoramento, portanto, afronta o disposto no inciso V do art. 37 da Constituição da República e o art. 23 da Constituição Estadual.

Embora concorde que as Leis n. 2.188/07 e 1795/97 violam o disposto no inciso V do art. 37 da Constituição da República, reproduzida no art. 23 da Constituição Estadual, entendo que a declaração de inconstitucionalidade da forma proposta no voto do Relator ficou muito ampla, assemelhando-se ao controle concentrado que deve ser exercido pelo Judiciário.

Deve-se reconhecer que a competência dos Tribunais de Contas para o controle de constitucionalidade de leis se restringe ao controle difuso ou incidental, conforme bem asseverou Jorge Ulisses Jacoby Fernandes no excerto abaixo transcrito:

Aos tribunais de contas não compete a declaração de inconstitucionalidade de lei, competência essa restrita aos órgãos do poder judiciário. O que lhes assegura a ordem jurídica, na efetivação do primado da Constituição Federal no controle das contas públicas, é a inaplicabilidade da lei que afronta a Magna Carta, pois "há que se distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado".³ (grifo nosso)

Nesse ponto é imperioso frisar que essa apreciação da inconstitucionalidade de leis pelos Tribunais de Contas compreende tão somente o plano de eficácia da norma, **apenas deixando de aplicá-la, em nome da supremacia da Constituição**, já que somente o Judiciário pode adentrar na validade da norma. **É por isso que, mesmo que o Tribunal de Contas considere a norma inconstitucional no exame daquele caso concreto, ela permanece incólume, enquanto o Judiciário assim não a tachar.**

Assim, embora o mérito da matéria não esteja em discussão neste colegiado, considero que a declaração de inconstitucionalidade das leis municipais, dissociada da sua aplicação ao caso concreto, extrapola a competência deste Tribunal para o controle difuso de constitucionalidade.

Cumprе ressaltar que a decisão deste Tribunal de Contas sobre a constitucionalidade das Leis Municipais deve se ater ao plano da sua eficácia, no intuito “[...] *de negar aplicação à lei ou a ato normativo considerado inconstitucional, não havendo possibilidade de retirá-los do ordenamento jurídico, pois isso é competência privativa do Poder Judiciário no controle abstrato de constitucionalidade.*”⁴

Isso posto, meu voto é pela declaração incidental de inconstitucionalidade **afastando-se a aplicação das Leis Municipais n. 2188/07 e n. 1795/97 no exame do caso concreto**, por contrariarem o disposto no inciso V do art. 37 da Constituição da República e no art. 23 da Constituição Estadual.

III – VOTO

Pelo exposto, peço vênia para divergir do Relator com relação à declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 1º, inciso III, da Lei Complementar n. 01/2009, que criou o cargo em comissão de Procurador do Município, por entender que as atribuições descritas na referida lei se mostram compatíveis com as atividades de assessoramento jurídico, em observância ao disposto no inciso V do art. 37 da Constituição da República e no art. 23 da Constituição Estadual.

Com relação ao art. 1º, inciso I, da Lei nº 2.188/07, que criou o cargo em comissão de Secretário Escolar, e o Anexo II da Lei nº 1.795/97, que criou os cargos em comissão de Motorista de Gabinete e Secretária do Prefeito, voto pela declaração incidental de

³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas no Brasil: jurisdição e competência. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 296.

⁴ DESCHAMPS, Gustavo Coelho. Controle de constitucionalidade e Tribunais de Contas do Brasil. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 7, n. 84, dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55821>>.

inconstitucionalidade para afastar a aplicação desses dispositivos legais no exame deste caso concreto, uma vez que violam o disposto no inciso V do art. 37 da Constituição da República e no art. 23 da Constituição Estadual.

Acompanho o relator com relação ao encaminhamento de cópia desta decisão ao Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal, a fim de que Represente ao Procurador-Geral de Justiça para ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que cabe ao Judiciário o controle concentrado de constitucionalidade das Leis Municipais.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Eu vou manter a minha posição originária, uma vez que não se trata de criação de cargo de Procurador-Geral do Município, mas, de Procurador Municipal.

Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, como vota Vossa Excelência?

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

Acompanho integralmente o voto proferido por Vossa Excelência.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Senhor Presidente, vou pedir vista, porque tive notícia de que o Tribunal de Justiça mineiro julgou inconstitucional lei deste município que trata de cargos em comissão. Só que não tive acesso ainda ao inteiro teor dessa decisão.

Então, por isso, vou pedir vista, para evitar que apreciemos matéria já decidida pelo Judiciário.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Perfeito.

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR-GERAL DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)

RETORNO DE VISTA

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

20ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 12/07/2017

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

I – RELATÓRIO

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade de dispositivos da legislação do Município de Itamarandiba, suscitado no início do julgamento do processo de Representação nº 859.106, durante a Sessão da Primeira Câmara realizada em 16/11/2016.

Naquela ocasião, foi aprovado o voto do Relator, Conselheiro Cláudio Couto Terrão, cuja conclusão se fez nestes termos:

... em preliminar, com fundamento no art. 97 da Constituição da República e no art. 26, V, do Regimento Interno, voto pela afetação da matéria ao Tribunal Pleno a fim de que delibere sobre a constitucionalidade da criação dos seguintes cargos no âmbito do Município de Itamarandiba:

- a) Procurador Municipal, constante no art. 1º, inciso III, da Lei Complementar nº 01/09;
- b) Secretário Escolar, constante no art. 1º, inciso I, da Lei nº 2.188/07;
- c) Motorista de Gabinete, constante no Anexo II da Lei nº 1.795/97;
- d) Secretária do Prefeito, constante no Anexo II da Lei nº 1.795/97.

Determino seja o processo incluído na pauta da primeira sessão de julgamento do Tribunal Pleno, observado o disposto no art. 77 do Regimento Interno.

Na Sessão do Pleno de 14/12/2016, o Relator, Conselheiro Cláudio Couto Terrão, apresentou novo voto, com a seguinte conclusão:

... voto pela inconstitucionalidade dos dispositivos que criaram os seguintes cargos no âmbito do Município de Itamarandiba:

- a) Procurador Municipal, constante no art. 1º, inciso III, da Lei Complementar nº 01/09;
- b) Secretário Escolar, constante no art. 1º, inciso I, da Lei nº 2.188/07;
- c) Motorista de Gabinete, constante no Anexo II da Lei nº 1.795/97;
- d) Secretária do Prefeito, constante no Anexo II da Lei nº 1.795/97.

Com fundamento no disposto no art. 32, VII, da Lei Orgânica e no art. 118, III, da Constituição Estadual, determino seja remetida cópia desta decisão ao Procurador-Geral do Ministério Público de Contas a fim de que represente ao Procurador-Geral de Justiça para ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade diante dos fatos apurados nos presentes autos.

Após, retornem os autos ao meu gabinete para que submeta à apreciação da Primeira Câmara deliberação sobre o mérito do processo.

Então, estamos aqui apenas para declarar, ou não, a inconstitucionalidade dessas normas.

Naquela assentada, o Conselheiro Mauri Torres pediu vista dos autos.

Na Sessão do Pleno de 29/3/2017, o Conselheiro Mauri Torres proferiu seu voto vista, em cuja fundamentação constou:

... peço vênia para discordar do Relator com relação à declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 01/2009, que criou o cargo em comissão de Procurador do Município, por entender que as atribuições descritas na referida norma se mostram compatíveis com as atividades de assessoramento jurídico, em observância ao disposto no inciso V do art. 37 da Constituição da República e no art. 23 da Constituição Estadual.

(...)

Embora concorde que as Leis n. 2.188/07 e 1795/97 violam o disposto no inciso V do art. 37 da Constituição da República, reproduzida no art. 23 da Constituição Estadual, entendo que a declaração de inconstitucionalidade da forma proposta no voto do Relator ficou muito ampla, assemelhando-se ao controle concentrado que deve ser exercido pelo Judiciário.

(...)

Isso posto, meu voto é pela declaração incidental de inconstitucionalidade afastando-se a aplicação das Leis Municipais n. 2188/07 e n. 1795/97 no exame do caso concreto, por contrariarem o disposto no inciso V do art. 37 da Constituição da República e no art. 23 da Constituição Estadual.

Daí, passou-se à conclusão do voto vista, a qual foi:

Pelo exposto, peço vênia para divergir do Relator com relação à declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 1º, inciso III, da Lei Complementar n. 01/2009, que criou o cargo em comissão de Procurador do Município, por entender que as atribuições descritas na referida lei se mostram compatíveis com as atividades de assessoramento jurídico, em observância ao disposto no inciso V do art. 37 da Constituição da República e no art. 23 da Constituição Estadual.

Com relação ao art. 1º, inciso I, da Lei nº 2.188/07, que criou o cargo em comissão de Secretário Escolar, e o Anexo II da Lei nº 1.795/97, que criou os cargos em comissão de Motorista de Gabinete e Secretária do Prefeito, voto pela declaração incidental de inconstitucionalidade para afastar a aplicação desses dispositivos legais no exame deste caso concreto, uma vez que violam o disposto no inciso V do art. 37 da Constituição da República e no art. 23 da Constituição Estadual.

Acompanho o relator com relação ao encaminhamento de cópia desta decisão ao Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal, a fim de que Represente ao Procurador-Geral de Justiça para ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que cabe ao Judiciário o controle concentrado de constitucionalidade das Leis Municipais.

Havendo o Conselheiro Relator mantido sua posição originária, “uma vez que não se trata de criação de cargo de Procurador-Geral do Município, mas, de Procurador Municipal”, acompanhou-o o Conselheiro Substituto Hamilton Coelho.

Pedi, então, vista dos autos.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Em primeiro lugar, deve ser apontada a inexistência de objeto do incidente de inconstitucionalidade, na parte que se refere ao inciso I do art. 1º da Lei nº 2.188, de 2007, por meio do qual foi criado o cargo de provimento em comissão de Secretário Escolar.

Em 13/11/2013, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.12.126006-1/000, em que se discutiu a constitucionalidade de dispositivos da legislação do Município de Itamarandiba. No voto vencedor, proferido pelo Relator, Desembargador Kildare Carvalho, constou:

Com estas considerações, julgo procedente o pedido inicial, para declarar a inconstitucionalidade do art. 16, I, subitens 1.1.2, 1.1.3 e 1.1.4; art. 16, XI, item 9.3; art. 28 e art. 33 da Lei nº 2.086/2005, Lei nº 2.181/2006, art. 1º, I, da Lei nº 2.188/2007, Lei nº 2.199/2007, art.1º, I, II, IV, V, VI e VII; art. 2º, I e II da Lei Complementar nº 001/2009 e Anexo I da Lei Complementar nº 011/2011. (Sublinhei.)

O Município de Itamarandiba recorreu ao Supremo Tribunal Federal, mediante o Recurso Extraordinário com Agravo nº 856.857, que, em 20/3/2015, veio a ser desprovido pelo Ministro Luiz Fux. A decisão monocrática foi assim ementada:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO COM ATRIBUIÇÕES TÉCNICAS E OPERACIONAIS TÍPICAS DE CARGO EFETIVO. CRIAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA MUNICIPAL. BURLA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO DESPROVIDO.

Feita a intimação por carta, a decisão transitou em julgado em 2/6/2015.

Não há, pois, como desconhecer que o inciso I do art. 1º da Lei nº 2.188, de 2007, já foi declarado inconstitucional no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.12.126006-1/000 e do subsequente Recurso Extraordinário com Agravo nº 856.857. Mais importante ainda: essa declaração de inconstitucionalidade já se tornou definitiva.

Por isso, está caracterizada a inexistência de objeto do incidente de inconstitucionalidade, na parte que se refere ao inciso I do art. 1º da Lei nº 2.188, de 2007, por meio do qual foi criado o cargo de provimento em comissão de Secretário Escolar.

Em segundo lugar, deve ser apontada a inexistência de objeto do incidente de inconstitucionalidade, também na parte que se refere ao inciso III do art. 1º da Lei Complementar nº 01, de 2009, mediante o qual foi criado o cargo de provimento em comissão de Procurador Municipal.

Vale repetir o excerto do voto vencedor na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.12.126006-1/000, da lavra do seu Relator, Desembargador Kildare Carvalho:

Com estas considerações, julgo procedente o pedido inicial, para declarar a inconstitucionalidade do art. 16, I, subitens 1.1.2, 1.1.3 e 1.1.4; art. 16, XI, item 9.3; art. 28 e art. 33 da Lei nº 2.086/2005, Lei nº 2.181/2006, art. 1º, I, da Lei nº 2.188/2007, Lei nº 2.199/2007, art.1º, I, II, IV, V, VI e VII; art. 2º, I e II da Lei Complementar nº 001/2009 e Anexo I da Lei Complementar nº 011/2011.

Nota-se que o inciso III do art. 1º da Lei Complementar nº 01, de 2009, não constou no rol dos dispositivos cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo eminente Desembargador e, ao final daquele julgamento, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Assim, neste particular, o incidente ostentaria, a princípio, objeto viável: inciso III do art. 1º da Lei Complementar nº 01, de 2009.

Contudo, elementos disponíveis nos próprios autos e na rede mundial de computadores recomendam que também este outro objeto seja considerado inexistente.

À fl. 176 e, por mais duas vezes, à fl. 403 e à fl. 493, encontra-se o Anexo II da Lei nº 1.795, de 1997, no qual se prevê, como um dos cargos de provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração, o de Procurador Geral.

Às fls. 381 a 398 e, novamente, às fls. 452 a 469, encontra-se a Lei nº 2.086, de 2005, em cujo art. 19 prevê-se uma Assessoria Jurídica, com, entre outras competências, a de “representar a Municipalidade e a Fazenda Pública em qualquer instância judiciária, atuando em feitos em que as mesmas sejam autora ou ré, assistente ou oponente, bem como nas habilitações em

inventários, falências e concurso de credores” e a de “ajuizar e acompanhar as ações e executivos fiscais”.

Às fls. 75 a 78 e, de novo, às fls. 138 a 145, está a Lei Complementar nº 01, de 2009, cujo art. 1º, inciso III, cria o cargo de provimento em comissão de Procurador Municipal.

No sítio eletrônico <www.leismunicipais.com.br>, está disponível parte do texto da Lei Complementar nº 04, de 2009, que dispõe sobre, entre outras matérias, o plano de cargos, carreiras e vencimentos da Prefeitura Municipal de Itamarandiba. Não estão disponíveis os anexos da lei, entre eles o “Quadro de cargos permanente”.

No sítio eletrônico <www.pciconcursos.com.br>, consta o Edital de Abertura de Concurso Público nº 01/2010, da Prefeitura de Itamarandiba, datado de 12/3/2010, com organização a cargo da Exame Auditores e Consultores Ltda. e provas previstas para 1º/8/2010, destinado à seleção de candidatos para diversos cargos, entre os quais o de Técnico de Nível Superior – Advogado, com uma vaga.

No sítio eletrônico da Exame Auditores e Consultores Ltda., está disponível documento datado de 19/8/2010, com o resultado final do concurso público regulamentado pelo Edital nº 01/2010. Na página relativa ao cargo de Advogado, consta a informação da existência de uma única vaga e, a par disso, figuram nomes de vários candidatos, entre os quais os de: Thiago Antônio Júnior Andrade, como aprovado e classificado na segunda colocação; Wilton Ângelo Brant de Araújo Filho, como aprovado e classificado na primeira colocação.

À fl. 225, existe cópia de ofício datado de 6/10/2010 e assinado por Thiago Antônio Júnior Andrade, Procurador Municipal, encaminhando ao Promotor de Justiça da Comarca de Itamarandiba uma “relação minuciosa de todos os servidores públicos municipais contratados pela administração pública municipal”, fls. 226 a 233. Nela figura, à fl. 232, Wilton Ângelo Brant de Araújo Filho, com admissão em 3/11/2009 e cargo em comissão de Chefe de Divisão.

No portal desta Corte, especificamente no Sistema Integrado de Pesquisa – TC Legis, consta a Lei nº 2.475, de 2011, mediante a qual se promovem alterações na Lei Municipal nº 2.086, de 2005, para atribuir à Procuradoria do Município uma atuação “por meio de seus procuradores”, e na Lei Complementar nº 04, de 2009, para modificar a denominação de um cargo, de Técnico Superior – Advogado para Procurador.

Às fls. 256 a 294, consta lista de funcionários “estatutários” da Prefeitura Municipal de Itamarandiba, datada de 5/4/2013. Nela figuram: à fl. 290, Thiago Antônio Júnior Andrade, com admissão em 1º/12/2010 e cargo de Procurador Municipal; à fl. 293, Wilton Ângelo Brant de Araújo Filho, com admissão em 8/11/2010 e cargo de Procurador Municipal.

Às fls. 295 a 300 e 315 a 316, também datadas de 5/4/2013, constam listas de, respectivamente, “comissionados” e “estatutários comissionados”, nenhum dos quais ocupante de cargo de Procurador, de Procurador Municipal ou de Procurador Geral.

Mais uma vez no TC Legis, está o texto da Lei Complementar nº 28, de 2014, que dispõe sobre a estrutura orgânica da Prefeitura Municipal de Itamarandiba, e, ao fazê-lo, atribui à Procuradoria do Município, no art. 30, competências a serem desempenhadas “por seus procuradores” e indica, no Anexo I, os respectivos cargos de provimento em comissão de recrutamento amplo: Procurador Geral e Assessor.

Ainda no TC Legis, consta a Lei Complementar nº 44, de 2015, que acrescenta as atribuições do cargo de Procurador ao plano de cargos, carreiras e vencimentos da Prefeitura Municipal de Itamarandiba. Nesta lei, prevê-se, além da existência de dois níveis no cargo – Procurador I e Procurador II –, também o critério de promoção: “3 (três) anos como Técnico de Nível Superior I – Procurador e obter conceito favorável em Avaliação de Desempenho.”

Finalmente, no portal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, pode-se constatar que o Município de Itamarandiba vem sendo representado em juízo por pelo menos dois servidores: Thiago Antônio Júnior Andrade, OAB/MG 111.018, e Wilton Ângelo Brant de Araújo Filho, OAB/MG 112.542.

Ora, nesse contexto, é possível afirmar que, na Prefeitura Municipal de Itamarandiba, o cargo de Procurador está configurado como de provimento efetivo, mediante concurso público, sendo no mínimo duvidoso que ainda esteja vigente o inciso III do art. 1º da Lei Complementar nº 01, de 2009.

Por isso, está caracterizada a inexistência de objeto do incidente de inconstitucionalidade, também na parte que se refere ao inciso III do art. 1º da Lei Complementar nº 01, de 2009, mediante o qual foi criado o cargo de provimento em comissão de Procurador Municipal.

Em terceiro lugar, deve ser analisada a alegada inconstitucionalidade dos dispositivos do Anexo II da Lei nº 1.795, de 1997, por meio dos quais foram criados os cargos de provimento em comissão de Motorista de Gabinete e de Secretária do Prefeito.

Aqui, não há sequer cogitar de efeitos resultantes da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.12.126006-1/000, porque nela foi reconhecida a inconstitucionalidade da criação de cargos de provimento em comissão por afronta ao vigente comando do *caput* do art. 23 da Constituição do Estado de Minas Gerais – “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” –, o qual somente veio a existir com a promulgação da Emenda à Constituição nº 49, de 2001, portanto, em momento posterior à edição da Lei nº 1.795, de 1997.

Convém ressaltar que, conforme resultado de pesquisa no portal do Supremo Tribunal Federal, não foi intentada – pelo menos até agora – arguição de descumprimento de preceito fundamental para questionar a compatibilidade da Lei nº 1.795, de 1997, com a versão pós-Emenda Constitucional nº 19, de 1998, da regra do inciso V do art. 37 da Constituição da República: “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”.

Assim, neste particular, o incidente ostenta objeto viável: dispositivos do Anexo II da Lei nº 1.795, de 1997, por meio dos quais foram criados os cargos de provimento em comissão de Motorista de Gabinete e de Secretária do Prefeito.

Quanto à questão da constitucionalidade propriamente dita desses dispositivos, parece-me coadunável – como pareceu ao prolator do voto vista – a fundamentação do voto do Relator.

Por isso, penso que o Tribunal deve manifestar-se pela inconstitucionalidade dos dispositivos do Anexo II da Lei nº 1.795, de 1997, por meio dos quais foram criados aqueles dois cargos municipais, fazendo-o, porém, em termos assemelhados aos do voto vista, que me parecem mais adequados à sistemática de apreciação pelas Cortes de Contas da constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

Em resumo, entendo que este Colegiado, no que se refere aos dispositivos do Anexo II da Lei nº 1.795, de 1997, por meio dos quais foram criados os cargos de provimento em comissão de Motorista de Gabinete e de Secretária do Prefeito, deve manifestar-se incidentalmente pela inconstitucionalidade, para afastar a aplicação desses dispositivos no exame do caso concreto, uma vez que não são compatíveis com o disposto no inciso V do art. 37 da Constituição da República e no art. 23 da Constituição do Estado de Minas Gerais, mas deve reconhecer a inexistência de objeto viável no incidente, relativamente ao inciso I do art. 1º da Lei nº 2.188, de 2007, por meio do qual foi criado o cargo de provimento em comissão de Secretário Escolar, e também ao inciso III do art. 1º da Lei Complementar nº 01, de 2009, mediante o qual foi criado o cargo de provimento em comissão de Procurador Municipal.

Por fim, considerando as particularidades que envolvem este incidente, penso que cópia do acórdão deve ser encaminhada ao Ministério Público junto ao Tribunal, a fim de que venha a ser acionada a autoridade competente para deflagração de procedimento judicial tendente à declaração de inconstitucionalidade.

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto, manifesto-me incidentalmente pela inconstitucionalidade dos dispositivos do Anexo II da Lei nº 1.795, de 1997, por meio dos quais foram criados os cargos de provimento em comissão de Motorista de Gabinete e de Secretária do Prefeito, para afastar a aplicação desses dispositivos no exame do caso concreto, uma vez que são incompatíveis com o disposto no inciso V do art. 37 da Constituição da República e no art. 23 da Constituição do Estado de Minas Gerais, mas proclamo a inexistência de objeto viável no incidente, relativamente ao inciso I do art. 1º da Lei nº 2.188, de 2007, mediante o qual foi criado o cargo de provimento em comissão de Secretário Escolar, e também ao inciso III do art. 1º da Lei Complementar nº 01, de 2009, mediante o qual foi criado o cargo de provimento em comissão de Procurador Municipal.

Publique-se.

Transcorrido o prazo para oposição de embargos declaratórios, extraia-se cópia do acórdão deste julgamento, para encaminhamento ao Ministério Público junto ao Tribunal, a fim de que venha a ser acionada a autoridade competente para deflagração de procedimento judicial tendente à declaração de inconstitucionalidade.

Encaminhem-se os autos ao atual Relator da Representação nº 859.106, para retomada do seu julgamento.

É o voto.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Vou acompanhar o voto divergente trazido pelo Conselheiro Gilberto Diniz, em face da perda de objeto relacionada aos dois cargos elencados por Sua Excelência.

Já votaram, neste caso, o Conselheiro Mauri Torres e também o Conselheiro Hamilton Coelho, substituindo o Conselheiro José Alves Viana.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Senhor Presidente, eu também vou rever o meu voto e acompanhar o voto do Conselheiro Gilberto Diniz, que foi encampado por Vossa Excelência.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

Senhor Presidente, continuo acompanhando Vossa Excelência, que encampou a divergência aberta pelo Conselheiro Gilberto Diniz.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

De acordo com o voto-vista do Conselheiro Gilberto Diniz.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

APROVADO O VOTO-VISTA TRAZIDO PELO CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ, QUE FOI ENCAMPADO PELO RELATOR E ACOMPANHADO, POR UNANIMIDADE, PELOS DEMAIS CONSELHEIROS.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR-GERAL DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da ata de julgamento, diante das razões expendidas no voto-vista do Conselheiro Gilberto Diniz, que foi encampado pelo Relator e acompanhado pelos demais Conselheiros, em: **I)** declarar incidentalmente a inconstitucionalidade dos dispositivos do Anexo II da Lei nº 1.795, de 1997, por meio dos quais foram criados os cargos de provimento em comissão de Motorista de Gabinete e de Secretária do Prefeito, para afastar a aplicação desses dispositivos no exame do caso concreto, uma vez que são incompatíveis com o disposto no inciso V do art. 37 da Constituição da República e no art. 23 da Constituição do Estado de Minas Gerais; **II)** proclamar a inexistência de objeto viável no incidente, relativamente ao inciso I do art. 1º da Lei nº 2.188, de 2007, mediante o qual foi criado o cargo de provimento em comissão de Secretário Escolar, e também ao inciso III do art. 1º da Lei Complementar nº 01, de 2009, mediante o qual foi criado o cargo de provimento em comissão de Procurador Municipal; **III)** determinar a publicação desta decisão; **IV)** determinar, transcorrido o prazo para oposição de embargos

declaratórios, a extração de cópia do acórdão deste julgamento, para encaminhamento ao Ministério Público junto ao Tribunal, a fim de que venha a ser acionada a autoridade competente para deflagração de procedimento judicial tendente à declaração de inconstitucionalidade; V) determinar o encaminhamento dos autos ao atual Relator da Representação nº 859.106, para retomada do seu julgamento.

Plenário Governador Milton Campos, 12 de julho de 2017.

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Presidente e Relator

(assinado eletronicamente)

ahw/ms/fg

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ____/____/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ____/____/____.

**Coordenadoria de Sistematização e Publicação
das Deliberações e Jurisprudência**