

REPRESENTAÇÃO N. 859106

Jurisdicionado: Câmara Municipal de Itamarandiba
Exercício: 2011
Representante: Gilberto Fernandes de Araújo
Responsáveis: Gelte Antônio Costa, Erildo do Espírito Santo Gomes, Eduardo Cesar Moreira
Procuradores: Acácio Wilde Emílio dos Santos – OAB/MG 81810, Hermann Wagner Fonseca Alves – OAB/MG 23907, Graciele Chaisa Costa – OAB/MG 141287, Rogério Willian Lisboa – OAB/MG 116018, Luciano Nogueira Esteves OAB/MG 81941
MPTC: Glaydson Santo Soprani Massaria
RELATOR: CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO

EMENTA

REPRESENTAÇÃO. CÂMARA MUNICIPAL. CARGOS EM COMISSÃO. AUSÊNCIA DE FUNÇÃO DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO TRIBUNAL PLENO. DEVOLUÇÃO AO ERÁRIO DOS VALORES PAGOS. ENRIQUECIMENTO INDEVIDO DA ADMINISTRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. RECOMENDAÇÕES. ARQUIVAMENTO.

1. O ordenamento jurídico constitucional não afasta da competência do Tribunal de Contas a verificação da legalidade dos atos de admissão dos cargos de provimento em comissão, para fins do disposto nos incisos VIII e IX do art. 71 da Constituição da República de 1988. Exclui, nessa hipótese, tão somente, o exercício da função homologatória, ou seja, a que se refere ao registro do ato ou sua negativa, por força do art. 71, inc. III, da CR/88.
2. Inexistindo nos autos alegação de que os administrados não tenham efetivamente exercido as atribuições dos cargos, posteriormente reconhecidos como inconstitucionais, incabível o ressarcimento ao erário dos valores pagos em razão do trabalho exercido, sob pena de configuração do enriquecimento indevido da Administração
3. Tendo o gestor efetuado a despesa com base em expectativa legítima de estar atuando conforme o direito, ou melhor, com fundamento em lei aprovada pelo Poder Legislativo anteriormente à sua gestão, afasta-se aplicação da multa.
4. Declarada incidentalmente a inconstitucionalidade de dispositivos de lei municipal que criam cargos em comissão desprovidos das funções de direção, chefia, ou assessoramento, impõe-se seja recomendado ao gestor a adoção de providências para que as irregularidades constatadas, se porventura ainda existentes, sejam saneadas em respeito à ordem jurídica constitucional.

Primeira Câmara

3ª Sessão Ordinária – 27/02/2018

I – RELATÓRIO

Cuidam os autos de representação formulada pelo Sr. Gilberto Fernandes de Araújo, ex-Presidente da Câmara Municipal de Itamarandiba em 2011, por meio da qual encaminha a esta Casa relatório conclusivo da Comissão Especial designada para apurar denúncia pertinente a irregularidades na criação e provimento de cargos comissionados, que seriam inconstitucionais por não se referirem às atribuições de chefia, direção ou assessoramento, nos termos preceituados pelo art. 37, V, da Constituição da República de 1988.

No relatório de fl. 03/11, a Comissão Especial conclui que as leis municipais que criaram os cargos em comissão são utilizadas para burlar a ordem constitucional, possibilitando ao Poder Executivo proceder a provimentos comissionados em substituição direta às contratações temporárias. Constatou-se, também, que algumas leis não especificam as atribuições dos cargos criados, conferindo ao Poder Executivo a prerrogativa de, por meio de Decreto, regulamentá-las.

Recebida a documentação como representação, fl. 236, foram os autos distribuídos à relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão que os encaminhou, ato contínuo, para análise técnica, fl. 238.

A Coordenadoria de Fiscalização de Atos de Pessoal, a fl. 242/247, concluiu que realmente alguns cargos não possuíam atribuições de direção, chefia e assessoramento, como também não possuíam atribuições definidas em lei. Não obstante, entendeu como insuficiente a documentação juntada aos autos, motivo pelo qual sugeriu fosse ela complementada.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, por sua vez, opinou pela afetação do processo ao Tribunal Pleno, por envolver a apreciação de constitucionalidade de leis municipais, assim como pela realização de inspeção extraordinária na Prefeitura, fl. 248/250.

Analisando as manifestações constantes dos autos, entendeu o Relator, à época, que não havia motivos suficientes para realização de inspeção extraordinária no Município, uma vez que os documentos faltantes poderiam ser trazidos aos autos diretamente pelo Chefe do Executivo. Assim, determinada a diligência de fl. 251, sobreveio a documentação de fl. 254/316, encaminhada pelo então Prefeito Municipal.

Instado a se manifestar, o MPTC ratificou o pedido de afetação ao Tribunal Pleno e a citação do responsável, fl. 319.

Determinada a citação do Sr. Gelte Antônio Costa, ex-Prefeito de Itamarandiba entre os anos de 2009 e 2012, fl. 320, foi apresentada a defesa de fl. 326/357, na qual o ex-gestor alegou, em síntese, que todas as nomeações feitas e questionadas pelos representantes foram para cargos em comissão declarados em lei municipal de livre nomeação e exoneração, em estrita observância ao comando constitucional, mais, que enquanto o regramento municipal não for revogado ou declarado inconstitucional, os atos de nomeação nele baseados serão atos jurídicos perfeitos.

Em reexame, a Unidade Técnica concluiu que permaneciam passíveis de regularização os fatos apontados no primeiro relatório, bem como pendente o envio do Anexo I da Lei Municipal n. 2086/2005, fl. 359/365.

O *Parquet*, no parecer de fl. 366/374, opinou, novamente, pela afetação do processo ao Plenário e, reconhecida a inconstitucionalidade suscitada, pela exoneração dos servidores atualmente em exercício nos cargos de Procurador Municipal, Secretário Escolar, Secretário do Prefeito e Motorista do Gabinete, e, ainda, pela adoção de providências com vistas a sua transformação em cargos de provimento efetivo.

Realizada nova diligência, fl. 375, e atendida a determinação, conforme documentação de fl. 380/448, a Coordenadoria de Fiscalização de Atos de Admissão concluiu que a legislação encaminhada não altera as conclusões do estudo técnico de fl. 242/246, no sentido de que os cargos de Procurador Municipal, Secretário Escolar, Secretária do Prefeito e Motorista não teriam atribuições de direção, chefia e assessoramento, cabendo ao Município regularizar sua legislação. Ademais, entende que as atribuições dos cargos de Secretário Municipal, Procurador Geral, Assessor de Gabinete, Chefe de Departamento, Gerente de Serviço, Supervisor e Coordenador devem ser previstas por lei e não por ato do Executivo.

Em parecer conclusivo, o MPTC opinou pela afetação do processo ao Tribunal Pleno e pela adoção de providências pelo atual gestor quanto aos cargos e nomeações irregulares, fl. 514/518.

Na sessão de 16/11/2016, a Primeira Câmara, em face do disposto no art. 97 da CR/88, determinou a afetação ao Plenário da matéria relativa à inconstitucionalidade apontada nos autos.

Por fim, o Tribunal Pleno, na sessão de 12/07/2017, diante das razões expendidas no voto-vista do Conselheiro Gilberto-Diniz, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos dispositivos do Anexo II da Lei n. 1.795/1997, por meio dos quais foram criados os cargos de provimento em comissão de Motorista de Gabinete e 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. Proclamou, outrossim, a inexistência de objeto viável no incidente, relativamente ao inciso I do art. 1º da Lei n. 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 n. 1/2009, que criou o cargo de provimento em comissão de Procurador Municipal.

Transcorrido o prazo para interposição de recurso em face da decisão Plenária de fl. 536/545, sem manifestação das partes, vieram-me os autos conclusos, tendo em vista sua redistribuição à minha relatoria, em conformidade com o art. 115 do Regimento Interno.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Dos cargos em comissão da Prefeitura Municipal de Itamarandiba desprovidos das funções de direção, chefia ou assessoramento

Ab initio, registre-se, conforme antecipado no relatório, que o Plenário desta Casa, na Sessão de 12 de julho de 2017, manifestou-se incidentalmente pela inconstitucionalidade dos dispositivos do Anexo II da Lei n. 1.795/1997 que criaram os cargos em comissão de Motorista de Gabinete e Secretária do Prefeito, uma vez que não são compatíveis com o disposto no inc. V do art. 37 da CR/88 e no art. 23 da CE/89.

Naquela assentada entendeu, ainda, pela inexistência de objeto viável no incidente, relativamente à legislação que criou o cargo de Secretário Escolar, considerando que o inciso I do art. 1º da Lei n. 2.188, foi declarado inconstitucional no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.0000.12.126006-1/000 e do subsequente Recurso Extraordinário com Agravo n. 856.857, em decisão transitada em julgado em 2/6/2015.

No mesmo sentido, reconheceu a inexistência de objeto do incidente de inconstitucionalidade no que se refere ao inciso III do art. 1º da Lei Complementar n. 1/2009, pertinente ao cargo de Procurador Municipal, considerando os elementos disponíveis nos próprios autos e na rede mundial de computadores, segundo os quais seria possível afirmar que, na Prefeitura Municipal de Itamarandiba, o cargo de Procurador está configurado como de provimento efetivo.

Isso posto, é importante registrar que no tocante aos cargos em comissão, disciplinados no inciso V, do art. 37 da Constituição Cidadã, a competência deste Corte encontra-se limitada constitucionalmente.

O art. 71, inciso III, da Constituição da República, excluiu expressamente do exame de legalidade dos atos de admissão de pessoal, destaque-se, para fins de registro, aqueles relacionados aos cargos em comissão de livre nomeação e exoneração.

Sem embargo, o regramento jurídico constitucional não afasta da competência desta Corte a verificação da legalidade do ato praticado, para fins do disposto nos incisos VIII e IX do art. 71 da Constituição da República. Exclui nesse caso, tão somente, o exercício da função homologatória, decorrente de nosso mister Constitucional, no que se refere ao registro do ato ou sua negativa.

Logo, antes de adentrar à análise das admissões decorrentes de lei declarada incidentalmente inconstitucional por esta Casa, entendo oportuno salientar que restam prejudicados os apontamentos referentes aos cargos de Secretário Escolar e Procurador Municipal. Conforme assentado pelo Tribunal Pleno em 12/07/2017, o dispositivo de lei que cria este primeiro cargo foi declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário, em decisão transitada em julgado, e, no que se refere, ao segundo cargo questionado, o Plenário entendeu que, atualmente, na Prefeitura Municipal de Itamarandiba, o cargo de Procurador está configurado como de provimento efetivo.

Destarte, tendo sido afastado no caso concreto, tão somente, a aplicação dos dispositivos que criam os cargos em comissão de Motorista de Gabinete e Secretária do Prefeito, o passo seguinte, por força dos incisos VIII e IX do art. 71 da Constituição Cidadã, seria a aplicação, pela suposta irregularidade de despesa, das sanções pertinentes e a determinação de eventual ressarcimento ao erário, bem como a expedição das recomendações necessárias ao Órgão para o reestabelecimento da legalidade.

No que se refere a eventual ressarcimento ao erário, que, sequer foi cogitado no processo, entendo que inexistente nos autos alegação de que os administrados não tenham efetivamente

exercido as atribuições dos cargos para os quais foram nomeados e, neste caso, a devolução dos valores referentes à contraprestação paga em razão do trabalho exercido em prol do serviço público configuraria enriquecimento indevido da Administração.

Quanto à responsabilização do ex-gestor pela ilicitude apurada, oportuno lembrar a importância da transparência nos atos da administração pública e, em especial, a responsabilidade dos agentes públicos para com o desempenho e resultado de suas ações.

Todavia, em que pese a inconstitucionalidade da legislação questionada, entendo, também, inaplicável a imposição de multa ao responsável, Sr. Gelte Antônio Costa, que efetuou a despesa com base em lei aprovada pelo Poder Legislativo antes de sua gestão (2009/2012), prosperando, portanto, as alegações da defesa no sentido de que as mencionadas nomeações foram amparadas pela legislação municipal. Aliás, assim já decidiu a Primeira Câmara que, na apreciação da Representação n. 958343¹, afastou a aplicação de multa em caso similar, por entender que o gestor havia agido “com base em expectativa legítima de estar atuando conforme o direito”.

Considerando, por fim, que o Plenário determinou o encaminhamento de cópia do acórdão em comento ao MPTC, com a finalidade de que fosse acionada a autoridade competente para deflagração de procedimento judicial tendente à declaração de inconstitucionalidade, e, ainda, que é competência deste Tribunal de Contas a fiscalização de atos que gerem receita ou despesa pública, entendo necessária a expedição de recomendação ao atual Prefeito, no sentido de que sejam adotadas as providências necessárias para que as irregularidades constatadas nos autos, pertinentes aos cargos de provimento em comissão de Motorista de Gabinete e Secretária do Prefeito, se porventura existentes hoje, sejam saneadas em respeito à ordem jurídica constitucional, inclusive com a exoneração de eventuais ocupantes dos referidos cargos comissionados.

Da inexistência de legislação disposta sobre as atribuições de cargos públicos de provimento em comissão

O derradeiro apontamento constante dos autos diz respeito às atribuições dos cargos de Secretário Municipal, Procurador Geral, Assessor de Gabinete, Chefe de Departamento, Gerente de Serviço, Supervisor e Coordenador que, segundo a Unidade Técnica e o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, devem ser previstas por lei e não por ato do Executivo.

Compulsando detidamente os autos, verifico que, de fato, não restou comprovado que as atribuições dos referidos cargos se encontram disciplinadas por lei, não tendo a defesa, inclusive, sequer se manifestado quanto a este apontamento em específico.

A Lei n. 1.795/1997, cópia de fl. 172/178, estabelece em seu art. 6º, *in verbis*:

Art. 6º As descrições detalhadas contendo as atribuições de cada cargo integrante do Anexo II e Anexo III, serão regulamentadas por Decreto do Executivo.

No entanto, analisada a legislação juntada aos autos, percebo que os cargos de provimento em comissão criados pelo município a partir de 2007, seja pela Lei n. 2.199/2007, fl. 147/148, seja pela Lei n. 1/2009, fl. 138/141, tiveram suas atribuições fixadas em lei, o que demonstra,

¹ Sessão da Primeira Câmara de 06 de dezembro de 2016.

s.m.j., que o Poder Executivo vem se adequando à tendência jurisprudencial a qual, pouco a pouco, tem assentado a tese da impossibilidade de normas legais autorizarem o Chefe do Poder Executivo a regulamentar o tema.

Não obstante decisões tanto do Tribunal de Justiça², quanto do Supremo Tribunal Federal³ nesse sentido, permito-me divergir parcialmente de tais entendimentos, tecendo breves considerações.

A legislação municipal questionada, sobre a qual não há certeza de sua vigência, delegou claramente a regulamentação das atribuições ao Poder Executivo.

É incontestável que a criação de cargos no Poder Executivo, demanda lei em sentido formal, de iniciativa privativa do chefe desse Poder, por imperativo do art. 61, §1º, inc. II, “a”, da CR/88.

Contudo, noto que não existe previsão, de forma expressa, seja na Constituição Cidadã ou na Compromisso, que as atribuições ou atividades desempenhadas por ocupantes de cargos públicos devem ser fixadas em lei em sentido estrito.

Assim, em primeira análise, entendo pela possibilidade de a lei relegar o Decreto ou a outro ato infralegal a fixação das atribuições.

Embora sem determinação expressa do texto constitucional, considero recomendável, porém, tendo em vista que o cargo somente existe em razão dos deveres e responsabilidades que lhe são inerentes – motivo pelo qual vem sendo reconhecida a inconstitucionalidade de lei que relega a atos administrativos de cunho normativo a regulamentação da matéria – que as atribuições sejam ao menos de forma genérica indicadas na lei de criação, para melhor individualização do cargo e do ramo de atividades a serem desempenhadas – especialmente, quando da sua própria denominação não se puder inferir o trabalho a ser prestado – mais, para coibir a desfiguração do cargo em âmbito infralegal.

Ademais, tratando-se de cargos em comissão a descrição das atribuições, ainda que de forma genérica, por meio de lei, permite que seja averiguado se os cargos criados se enquadram efetivamente nas funções de direção, chefia ou assessoramento.

Logo, recomendo ao atual gestor, caso ainda vigente a Lei n. 1.795/1997, que envide esforços para iniciar projeto de lei visando à descrição, pelo menos de forma genérica, das atribuições dos cargos comissionados dela constantes, assim como fez o Município por ocasião das propostas que culminaram nas Leis n. 2.199/2007 e na Lei n. 1/2009.

III – CONCLUSÃO

Diante das razões expendidas na fundamentação, voto pela extinção do processo, com resolução do mérito, em decorrência da procedência da representação, no que se refere aos cargos em comissão de Motorista de Gabinete e de Secretária do Prefeito que pressupõem o exercício de funções técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza profissional, não se

² Arguição de Inconstitucionalidade n. 1.0082.12.000420-3/002, Rel. Des. Audebert Delage, DJe disponibilizado em 19/11/2015.

³ Recurso Extraordinário n. 591.296, Relatora Min. Cármen Lúcia, DJe: 14/03/2013; ADI n. 4125, Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2010, DJE-030 DIVULG 14-02-2011 PUBLIC 15-02-2011.

enquadrando portanto nos níveis de direção, chefia e assessoramento definidos no art. 37, inc. V, da Constituição da República de 1988.

Isso posto, voto, por fim:

- a) por afastar a aplicação de multa ao Senhor Gelte Antônio Costa, ex-Prefeito de Itamarandiba, por ter efetivado as admissões para os cargos questionados e efetuado a despesa respectiva com base em lei aprovada pelo Poder Legislativo anteriormente à sua gestão;
- b) pela recomendação ao atual gestor, com encaminhamento de cópia desta decisão, para que adote as providências necessárias no sentido de que sejam saneadas, se ainda perdurarem, as situações irregulares referentes aos cargos em comissão de Motorista de Gabinete e Secretária do Prefeito, mais, que os atos de admissão para os cargos de provimento em comissão do Poder Executivo, sejam realizados em estrita observância ao comando constitucional prescrito no art. 37, V, da CR/88 – com a advertência de que a não observância dos requisitos constitucionais e legais pertinentes poderá ensejar a responsabilização por pagamentos irregulares, sem prejuízo da aplicação das sanções legais cabíveis e da apuração de responsabilidade civil ou criminal, nos termos do art. 54, § 2º, da Lei Complementar n. 102/08 c/c art. 258, § 3º, do Regimento;
- c) pela recomendação ao Prefeito de Itamarandiba, caso ainda vigente a Lei n. 1.795/1997, que inicie projeto de lei visando à descrição, pelo menos de forma genérica, das atribuições dos cargos comissionados constantes da referida lei, encaminhando-o, ato contínuo, à Câmara Municipal;
- d) pela determinação ao atual Prefeito para que informe a este Tribunal, no prazo de 90 (noventa) dias, sob pena de multa diária de R\$500,00 (quinhentos reais), até o limite de R\$5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do art. 85, III, da LOTCEMG, as medidas adotadas no sentido de dar atendimento ao disposto nos itens “b” e “c” da conclusão;

Intimem-se o responsável e o atual Prefeito, por via postal e pelo D.O.C.

Cumpridos os demais trâmites regimentais, arquivem-se os autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** declarar a extinção do processo, com resolução do mérito, em decorrência da procedência da representação, no que se refere aos cargos em comissão de Motorista de Gabinete e de Secretária do Prefeito que pressupõem o exercício de funções técnicas, burocráticas ou operacionais, de natureza profissional, não se enquadrando portanto nos níveis de direção, chefia e assessoramento definidos no art. 37, inc. V, da Constituição da República de 1988; **II)** afastar a aplicação de multa ao Senhor Gelte Antônio Costa, ex-Prefeito de Itamarandiba, por ter efetivado as admissões para os cargos questionados e efetuado a despesa respectiva com base em lei aprovada pelo Poder Legislativo anteriormente à sua gestão; **III)** recomendar ao atual gestor, com encaminhamento de cópia desta decisão, para que adote as providências necessárias no sentido de que sejam saneadas, se ainda perdurarem, as situações irregulares referentes aos cargos em comissão de Motorista de Gabinete e Secretária do Prefeito, mais, que os atos de admissão para os cargos de provimento em comissão do Poder Executivo, sejam realizados em estrita observância ao

comando constitucional prescrito no art. 37, V, da CR/88 – com a advertência de que a não observância dos requisitos constitucionais e legais pertinentes poderá ensejar a responsabilização por pagamentos irregulares, sem prejuízo da aplicação das sanções legais cabíveis e da apuração de responsabilidade civil ou criminal, nos termos do art. 54, § 2º, da Lei Complementar n. 102/08 c/c art. 258, § 3º, do Regimento; **IV)** recomendar ao Prefeito de Itamarandiba, caso ainda vigente a Lei n. 1.795/1997, que inicie projeto de lei visando à descrição, pelo menos de forma genérica, das atribuições dos cargos comissionados constantes da referida lei, encaminhando-o, ato contínuo, à Câmara Municipal; **V)** determinar ao atual Prefeito para que informe a este Tribunal, no prazo de 90 (noventa) dias, sob pena de multa diária de R\$500,00 (quinhentos reais), até o limite de R\$5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do art. 85, III, da LOTCEMG, as medidas adotadas no sentido de dar atendimento ao disposto nos itens “b” e “c” da conclusão; **VI)** determinar a intimação do responsável e o atual Prefeito, por via postal e pelo D.O.C; **V)** determinar o arquivamento dos autos, cumpridos os demais trâmites regimentais.

Votaram, nos termos acima, a Conselheira Adriene Andrade e o Conselheiro Presidente Mauri Torres.

Presente à sessão a Procuradora Cristina Andrade Melo.

Plenário Governador Milton Campos, 27 de fevereiro de 2018.

MAURI TORRES

Presidente

SEBASTIÃO HELVECIO

Relator

(assinado eletronicamente)

sf

/jb

CERTIDÃO

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

Tribunal de Contas, ___/___/_____.

**Coord. de Sistematização e Publicação das
Deliberações e Jurisprudência**