TRIBUNAL DE CONTAS
CFAA/DFAP
Fl. _____
Ass _____
MINAS GERAIS

PROCESSO N.:	1015691
NATUREZA:	Denúncia
DENUNCIANTE:	Sr. Abelardo Álvares Zica
DENUNCIADO:	Arisleu Ferreira Pires, Prefeito Municipal de Biquinhas
OBJETO:	Processo Seletivo Simplificado n. 001/2017
FASE DE ANÁLISE:	Reexame

I RELATÓRIO

Tratam os autos de documentação protocolizada neste Tribunal sob o n. 0024813/2017, em 01/08/2017, mediante a qual o Sr. Abelardo Álvares Zica apresentou denúncia acerca de supostas gratificações ilegais concedidas a servidores municipais por meio de diversas portarias, conforme peça vestibular a fls. 01/12.

O denunciante aponta que a concessão dessas gratificações incorreu em supostas ilegalidades, consubstanciadas na violação dos princípios da impessoalidade e da razoabilidade, dentre outros; na pratica de desvio de função, afrontando a súmula vinculante n. 43 do STF e na ilimitada discricionariedade conferida ao Chefe do Poder Executivo Municipal.

Requer a concessão de liminar com ou sem oitiva da parte contrária, nos termos do art. 197, §2º, do Regimento Interno desta Corte, para sustação das portarias de nº 029 de 01/02/2017; nº 036 de 13/02/2017; nº 041 de 20/02/2017; nº 022 de 19/01/2017; nº 017 de 16/01/2017; nº 016 de 16/01/2017; nº 015 de 16/01/2017; nº 024 de 31/01/2017; nº 014 de 16/01/2017; nº 012 de 16/01/2017; nº 009 de 10/01/2017; nº 025 de 31/01/2017; determinando ao gestor municipal que se abstenha de conceder qualquer gratificação na forma do art.18 da Lei Complementar 007/2017 (Institui o Plano de Cargos, Carreira e Vencimentos do Quadro de Pessoal da Prefeitura Municipal de Biquinhas, e dá outras providências). Ao final, requer seja considerado ilegal o pagamento de gratificação na forma da lei supramencionada.

A documentação foi analisada pela Coordenadoria de Protocolo e Triagem – Núcleo de Triagem, por meio do Relatório n. 499/2017 a fls.90/91.

O Conselheiro Presidente Cláudio Couto Terrão recebeu a documentação como Denúncia e determinou sua autuação e distribuição nos termos do despacho a fls.92.

O Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, relator do processo, a fls.94, determinou a intimação do denunciado para oitiva prévia acerca da denúncia bem como para encaminhar documentação complementar. Ato contínuo, determinou que os autos retornassem conclusos.

Em resposta à oitiva prévia determinada a fls.94, o Chefe do Executivo Municipal juntou os documentos acostados a fls.99/544.

Em virtude da ausência da devida instrução do processo em relação ao certame público (edital 01/2015), o relator determinou, a fls. 546, a baixa dos autos em diligência para que o Prefeito informasse se a concorrência pública foi realizada, concluída e homologada, permitindo uma decisão com maior segurança sobre a concessão de função gratificada a servidor.

O Chefe do Poder Executivo Municipal, em resposta ao despacho supramencionado, alegou que a administração atual deparou com uma série de situações urgentes, as quais demandavam pronta intervenção para a preservação de serviços essenciais. Ademais, arguiu: " salientamos que a documentação referente ao Concurso Público nº 01/2015, como outros documentos, não foram localizados nos arquivos municipais, sendo requisitada à empresa responsável pela realização do certame o envio dos documentos, o que foi atendido, e somente assim obtivemos acesso ao Livro do Concurso, cópias acostadas aos autos". Por fim, disse que a gestão atual tem nomeado para cargos em comissão servidores efetivos, concedendo gratificação supostamente legais, gerando economia, haja vista as gratificações possuírem valores significativamente baixos, conforme fls.551/552.

O relator determinou, a fls. 557/559, o encaminhamento dos autos a esta Unidade Técnica para análise e, posteriormente, a remessa ao Ministério Público.

Após análise técnica a fls. 567/578, os autos foram encaminhados ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, que emitiu parecer a fls. 580/v.

Assim, por meio do despacho a fls. 581, o Relator determinou a citação do responsável para que apresente defesa e documentos que julgar pertinentes acerca dos fatos narrados na inicial e no exame técnico a fls. 567/577.

Determinou que, após manifestação, os autos viessem a esta Coordenadoria para reexame e, após, ao Ministério Público junto a este Tribunal para pronunciamento.

Em cumprimento, o Prefeito Municipal de Biquinhas prestou esclarecimentos e encaminhou documentação acostada a fls. 586/601, que ora passamos a analisar.

II ANÁLISE

Preliminarmente, ressalte-se o constante no despacho do Relator a fls. 581:

> Informe-se que somente serão aceitas razões de defesa subscritas pela parte ou por procurador devidamente habilitado nos autos, mediante mandato original ou cópia autenticada.

Informa-se, entretanto, que a defesa não foi subscrita pela parte e não consta dos autos habilitação dos procuradores, Sr. Renato Moreira Campos e Sra. Janaina Carla Xavier Vasconcelos, contrariando determinação do Relator.

Passa-se a seguir a análise da documentação acostada aos autos.

2.1 Documentação encaminhada:

Documentos	Fls.
Ofício subscrito pelos Srs. Renato Moreira Campos e Janaina Carla Xavier Vasconcelos	586/ 590
Cópia da Portaria n.108/2016, que exonera servidor	591
Cópia da Portaria n. 014/2017, que nomeia servidor	592
Cópia de Demonstrativo Pagamento de servidor	593
Cópia Portaria n. 009/2017, que designa servidor	594
Cópia Portaria n. 015/2018, que exonera e nomeia servidor	595
Cópia Lei n. 699/14, que altera dispositivo Lei Municipal 593/07	596
Cópia Decreto n. 029/2016, que dispõe sobre homologação do concurso público	597
Parte da Lei Complementar 007/07, que dispõe sobre plano de cargos, carreira e vencimentos	598/ 600
Cópia de Demonstrativo de pagamento de servidor	601

2.2 Das determinações do Relator a fls. 581:

TRIBUNAL DE CONTAS CFAA/DFAP Fl. _____ Ass _____ MINAS GERAIS

- Para que apresente defesa e documentos acerca dos fatos narrados na inicial e no exame técnico a fls. 567/577.

2.2.1 Quanto aos fatos apresentados na Denúncia impetrada pelo Sr. Abelardo Álvares Zica, esta unidade técnica concluiu, a fls. 567/578, que procedem apenas:

a) Gratificação concedida pela Portaria 022/2017:

Conforme consta na análise inicial, por meio da Lei Municipal 593/2007 foi permitida a concessão da gratificação, no percentual de 20% sobre o vencimento do cargo efetivo para servidor que exercer a função de Tesoureiro do IMPAS. No entanto, foi concedida a gratificação no percentual de 50%, sob a alegação de ter ocorrido alteração do percentual pela Lei Municipal n. 699/2014.

Verifica-se que, a fls. 596, juntou-se a citada Lei Municipal n. 699/2014, que assim dispõe, em seu art.5º, parágrafo único:

> Art. 5º [...]
> Parágrafo Único – o Tesoureiro do IMPAS perceberá mensalmente uma gratificação pelo exercício da função de 50% (cinquenta por cento) incidente sobre o seu vencimento.

Conclui-se, dessa forma, que o percentual referente à gratificação concedida pela Portaria 022/2017 encontra-se em consonância com a legislação municipal, estando sanada a irregularidade apontada.

b) Gratificações concedidas pelas Portarias 009/2017 e 024/2017

Entendeu esta unidade técnica no exame inicial que a presente Denúncia não procede quanto à concessão da gratificação concedida pelas portarias acima citadas.

Entretanto, foi apontada a designação da mesma servidora para dois cargos de Coordenadora, entendendo não ser pertinente o exercício simultâneo das duas funções.

Na defesa apresentada a fls. 586/590, ficou evidenciado equívoco, devido à semelhança entre os nomes das duas servidoras, contempladas em portarias distintas.

Dessa forma, entende-se sanada a irregularidade.

c) Gratificação concedida pela Portaria 014/2017

Esta Coordenadoria entendeu que procede parcialmente a Denúncia quanto à gratificação concedida pela Portaria 014/2017.

Ressalte-se que, embora o percentual aplicado esteja de acordo com a legislação, entendeu que o parâmetro de incidência desse percentual é controverso, tendo em vista que o contracheque da servidora, a fls. 501, informa o valor do vencimento comissionado,

R$2.224,27, sendo que na relação de servidores, a fls. 462, consta o valor de R$2.224,27 como sendo o vencimento-base.

Esclarece a origem que a servidora nomeada por meio da Portaria 014/2017 é titular de dois cargos efetivos de professora. Informa que, ao ser designada para a função comissionada, por ser mais vantajosa, calculou-se a gratificação sobre o vencimento do cargo em comissão.

Informa, ainda, que a soma das duas remunerações dos cargos efetivos é maior que o cargo comissionado com a gratificação, não havendo prejuízo ao erário.

Cumpre salientar que a servidora em comento optou por exercer um cargo comissionado em vez de dois cargos efetivos.

Conforme definição contida na Lei Complementar 007/2007, fls. 31, cargo em comissão é o que só admite provimento em caráter provisório por pessoa de confiança do prefeito e traz em si o exercício de atividades que excedem ou diferem das atividades dos cargos efetivos, remunerados para tanto com nível de vencimento definidos na lei.

Depreende-se do exposto que ao optar pelos vencimentos do cargo comissionado, a servidora já está sendo remunerada para responder por função de maior complexidade ou confiança, portanto o recebimento de gratificação sob a mesma justificativa caracteriza dupla incidência. É necessário, portanto, que o gestor esclareça essa dúvida.

d) Gratificação concedida pela Portaria 012/2017

Conforme análise técnica a fls. 567/578, embora haja respaldo legal para a concessão da gratificação, não foi possível averiguar se a mesma incide sobre a remuneração do cargo efetivo ou sobre a remuneração do cargo comissionado.

Em sua defesa, esclarece o responsável que, nos termos do art. 18 da Lei Complementar 07/2007, acostada a fls. 598/600, a referida gratificação incide sobre a remuneração.

Apesar do prefeito não ter esclarecido se a remuneração sobre a qual vai incidir o percentual de gratificação seria a do cargo efetivo ou a do cargo comissionado, compulsando os autos, verifica-se que o documento acostado a fls. 78 comprova que a gratificação incidiu sobre a remuneração do cargo efetivo, estando em conformidade com a Portaria 012/2017.

e) Gratificação concedida pela Portaria 025/2017

Como a nomeação refere-se à lotação temporária de servidora efetiva em outro cargo de nível superior ao seu, para o qual não prestou concurso público, esta unidade técnica

sugeriu, no exame inicial, a alteração do art. 2º da Lei Municipal 447/98, e art. 8º, §§ 1º e 2º da Lei Municipal n. 007/07.

Em sua defesa, alega o responsável que a servidora é titular de cargo na estrutura da administração e que a legislação municipal admite que, a bem do interesse público, se aproveite servidor de um cargo em outra função essencial diversa de seu cargo.

Entende a defesa que o excepcional interesse público é melhor atendido com o aproveitamento de servidor efetivo, que, com a contratação temporária, que acaba por onerar a administração.

Em que pesem as alegações da defesa, essa unidade técnica entende pela ocorrência de desvio de função, lembrando que o art. 37, inciso II da Constituição Federal previu que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Tem-se que as exceções à imperativa regra estão registradas na Constituição da República, no mencionado inciso II do art. 37 (cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração) e no inciso IX, do mesmo dispositivo constitucional, esta última na hipótese de contratação por tempo determinado, para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, entre outras exceções.

Constata-se, pois, que o concurso público, como garantia do princípio da ampla acessibilidade e impessoalidade, não constitui faculdade do administrador, mas obrigação imposta pela Constituição Federal, cuja inobservância, além das ressalvas constitucionais, implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável (art. 37, §2º, CR/88).

Por conseguinte, ressalte-se que a lei a que se refere o inciso I do art. 37 encontra limitação no próprio dispositivo, já que os requisitos por ela fixados não poderão impedir a correta observância do princípio da acessibilidade de todos ao exercício de função administrativa.

Não se pode admitir, pois, admitir a vigência de leis que afrontam a Constituição Federal.

Insta salientar que a Carta Magna dispõe que a lei deverá estabelecer os casos justificados de contratação temporária, o que corrobora com a posição adotada pelo STF em julgamento da ADIn. nº3.210:

> "(...) a lei deverá estabelecer os casos de contratação temporária. Quando as leis impugnadas instituem hipóteses abrangentes e genéricas de contratação temporária,

> não especificando a contingência fática que evidenciaria a situação de emergência, atribuindo ao chefe do poder interessado na contratação estabelecer os casos de contratação, há a inconstitucionalidade."

Ressalta-se que "a lei" a que faz referência o inciso IX do art. 37, é a lei do ente público, ou seja, a lei local, que deve explicitar as hipóteses em que será admitida a contratação temporária para atender excepcional interesse público e situações de emergência. Assim, converge o posicionamento de Hely Lopes Meirelles: *"Daí porque advertirmos que se o Município não regular a matéria em lei somente poderá admitir servidores na forma do estatuto dos Servidores Públicos, isto é, mediante prévia aprovação em concurso público"*[1]

A contratação de servidores pela administração pública municipal é permitida somente nos casos de necessidade temporária do ente público. Nesse sentido, vejamos o parecer emitido pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, por meio do relator Conselheiro Eduardo Carone Costa, em consulta ao processo nº812325:

> A contratação de servidores por parte da administração pública deverá ser, via de regra, por meio de concurso público de provas e/ou de provas e títulos. Admite-se a contratação direta, com fulcro no art. 37, inciso IX, da CR/88 tão somente nas hipóteses de necessidade temporária de excepcional interesse público, observados sempre os princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Ademais, todos os atos da administração pública deverão obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme estabelecido constitucionalmente no caput do art. 37.

Por todo o exposto, entende essa unidade técnica que não assiste razão ao responsável, estando irregular a nomeação da servidora ocupante de cargo efetivo de Professora para o cargo de Psicóloga, que só pode ser provido mediante concurso público.

III CONCLUSÃO

Após análise da defesa apresentada, entende esta unidade técnica que as irregularidades apontadas no exame inicial foram esclarecidas à exceção do questionamento acerca da gratificação concedida pela portaria 014/2017, sobre a qual, ao entendimento desta Unidade, está havendo dupla incidência, razão pela qual sugere-se que o gestor seja novamente intimado a prestar esclarecimentos ressaltando a necessidade de comprovação legal para a concessão da gratificação.

TRIBUNAL DE CONTAS
CFAA/DFAP
Fl. _____
Ass _____
MINAS GERAIS

Também a nomeação da servidora Daniele Geralda de Souza para o cargo de psicóloga, sendo ela ocupante do cargo efetivo de Professora, está irregular.

Dessa forma, sugere esta unidade técnica, *s.m.j.*, que o Prefeito Municipal de Biquinhas seja citado para que promova a imediata exoneração da referida servidora do cargo de Psicólogo, para o qual não prestou concurso público, e, ato contínuo, recomenda-se a realização do processo seletivo simplificado, visto que é a forma mais clara, contundente e idônea que preenche os critérios obrigatórios aos quais deve se submeter a administração pública, de forma a suprir a imediata necessidade do serviço, até a realização do concurso público.

CFAA/DFAP, 12 de julho 2018

Soraya Rodrigues Dias
Analista de Controle Externo
TC 1854-3