

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE UIBAI

PROCESSO Nº 01804e21

PARECER Nº 00233-21

EMENTA: EMENTA: CONSULTA. LEI COMPLEMENTAR Nº 173/2020. REFORMA ADMINISTRATIVA. CRIAÇÃO DE UMA NOVA SECRETARIA. INEXISTÊNCIA DE AUMENTO DE DESPESA. PELA POSSIBILIDADE.

1 - A criação de uma nova secretaria trata-se de questão da esfera discricionária do gestor, amparada pela conveniência e oportunidade. É possível desde que sejam cumpridos os trâmites processuais concernentes as peculiaridades que permeiam tal objeto, observando-se o quanto delimitado na respectiva Lei Orgânica municipal e a correlação da atividade a ser desempenhada pela Unidade em relação a atuação municipal (sendo respeitadas as competências específicas da União, dos Estados e do Distrito Federal).

2 - É possível considerar que as restrições à ampliação da estrutura administrativa no serviço público no novo regramento fiscal da LC 173/2020, em regra, não impedem reformulações, desde que haja prévia compensação mediante aumento de receita ou redução de despesa, com o fito de buscar o equilíbrio das contas públicas, fim almejado pela Lei de Responsabilidade Fiscal e pela novel legislação.

O Chefe do Poder Executivo do município de **UBAÍ**, Sr. Ubiraci Rocha Levi, por intermédio de Ofício Gab.prf 012/2021, endereçado a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia (TCMBA), aqui protocolado sob o nº 01804e21, solicita parecer consultivo acerca do seguinte questionamento:

Tendo em vista a previsão do art. 8º, inciso II da Lei complementar 173/2020, que prevê expressamente a vedação a criação de cargos públicos que implique aumento de despesa até 31 de dezembro de 2021. Quando o ente público está em estado de calamidade pública devidamente reconhecido pela assembleia legislativa do estado da Bahia nos termos do art. 65 da Lei complementar 101/2000, **é possível a criação de uma nova secretaria, tendo em vista que a mesma irá aumentar a receita do município em virtude da presença de novas empresas que estão atuando na cidade?** (g.n)

Da legitimidade. Verifica-se que a presente consulta se enquadra na regra prevista no artigo 208 da Resolução TCM nº 1392/2019, haja vista se tratar de autoridade competente (art. 208, I – Prefeito) para formular Consulta a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais ou regulamentares concernentes à matéria que lhe seja legalmente afeta.

Registre-se que os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, **são confeccionados sempre em tese**, consoante regra disposta no art. 3º, §4º da Resolução TCM nº 1392/2019 (Regimento Interno), razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante de qualquer caso concreto apresentado.

Ademais, cumpre-nos observar que o Tribunal de Contas não pode atuar em substituição ao assessor jurídico ou contábil de seus jurisdicionados, nem se prestam a validar atos dos gestores municipais.

Neste sentido, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União enfatiza a impossibilidade das Cortes de Contas serem órgãos consultivos dos atos da Administração Pública:

Não pode o TCU substituir a Administração na atividade de promover a gestão pública, de modo a dizer previamente qual é a melhor alternativa que o gestor público deve adotar. O Tribunal não é órgão consultivo da Administração Pública, cabendo ao gestor efetuar o juízo acerca da solução que melhor atenda ao interesse público, para, então, decidir sobre sua forma de ação. (TCU - Acórdão 222/2018-Plenário, 07.02.2018)

De regra, o TCU não é órgão consultivo da Administração Pública, responsável pelo controle prévio dos atos de gestão. Cabe ao gestor, com base em pareceres de órgãos competentes, efetuar o juízo acerca da solução que melhor atenda ao interesse público, para então decidir sobre sua forma de ação. (TCU - Acórdão 1901/2009-Plenário, 26.08.2009) (g.n)

Em tempo, impende ainda ressaltar que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Preliminarmente, cumpre-se esclarecer que com o advento da Constituição Federal de 1988, os Entes Municipais passaram a deter autonomia gerencial, ressaltando-se nas áreas políticas, financeiras e administrativas, vejamos:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...)

Art. 30. Compete aos Municípios:

- I - legislar sobre assuntos de interesse local;
- II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;
- III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;
- IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;
- V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;
- VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;
- VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;
- VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

Nesse entendimento, a autonomia constitucional reservada aos Entes Municipais, possibilitou a promulgação de sua própria Lei Orgânica, com força de “Constituição Municipal”, proporcionando uma composição de seu governo e administração no que concerne ao interesse local. Assim, o Poder Executivo Municipal subordinado aos princípios gerais de gestão pública, esculpido no art. 37 da Constituição Federal, exerce suas atividades de gestão nos limites a ele impostos, por intermédio de um aparelho administrativo, constituído por diversos órgãos.

A este respeito, as Secretarias Municipais possuem papel imprescindível dentro do Executivo Municipal, com função primordial de coordenação e execução de atividades dos órgãos e das entidades da administração na área de sua competência, referendando atos e decretos relacionados aos assuntos de sua respectiva pasta.

No âmbito Federal, cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República a criação ou extinção de Ministérios e órgãos da administração, destacadamente:

Art.48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

(...)

XI- criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública;

Nesta direção, em simetria ao quanto determinado constitucionalmente, a Constituição do Estado da Bahia, pronunciou-se no seguinte sentido:

Art. 70. Cabe à Assembleia Legislativa, com a sanção do Governador, legislar sobre todas as matérias de competência do Estado, especialmente sobre:

(...)

IX- criação, estruturação e competência das Secretarias de Estado e demais órgãos e entidades da administração pública direta e indireta;

Assim, na esteira dos precedentes constitucionais acima explicitados, pode-se concluir que os órgãos públicos não são constituídos apenas pela vontade do administrador, sendo de competência do Casa Legislativa, com anuência do Executivo a criação de Ministérios e Secretárias de Estado, prevalecendo tal entendimento também no que pertine aos órgãos municipais.

Outrossim, cabe observar que, necessariamente, deve haver correlação da atividade a ser desempenhada pela nova secretaria em relação a atuação municipal, em observância as competências legais do Ente Federado.

Feitas tais considerações, vislumbra-se que a temática, criação de uma nova secretaria nesse período em que foi decretado estado de calamidade pública e as vedações trazidas pela LC nº 173/2020, guarda correlação com a temática “Reforma administrativa no âmbito da LC nº 173/2020”, **já manifestado** no site do TCMBA¹, através da publicação do **material “Compêndio dos principais pareceres exarados pela Assessoria Jurídica** – período compreendido no interregno de 17/03/2020 a

1 Disponível na página <<https://www.tcm.ba.gov.br/wp-content/uploads/2020/09/compendio-dos- pareceres-na-pandemia-revisao.pdf>>.

24/08/2020”, no capítulo que versa sobre as “Despesas com pessoal na pandemia. LC nº 173/2020”, item 5, página 27, senão vejamos:

5) Reforma administrativa no âmbito da LC nº 173/2020. Aumento de despesa com pessoal. (...).

O novo regramento fiscal estruturado para enfrentar as dificuldades impostas pela pandemia permite concluir pela possibilidade de instituir medidas que criem cargo, emprego ou função, ou ainda alterem estrutura de carreira, desde que não acarretem aumento de despesa.

As vedações constantes no art. 8º da LC 173 não atingem, em tese, as ações governamentais que tenham por essência a redução imediata de despesas com pessoal, concretizadas por meio de reestruturação das carreiras no serviço público, devidamente comprovadas por meio das necessárias compensações de caráter permanente.

(...)

A ampliação da estrutura administrativa, que no caso em tela seria a criação de uma nova secretaria, é uma das hipóteses que se relaciona em regra com uma reforma administrativa.

No cenário atual de pandemia, o legislador federal ao elaborar a LC 173/2020 estabeleceu uma série de proibições e restrições voltadas à disciplina fiscal e a contenção de despesas (art. 8º), no intuito de impedir o crescimento das despesas públicas.

Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 **ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021**, de:

I - conceder, a qualquer título, vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a membros de Poder ou de órgão, servidores e empregados públicos e militares, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade pública;

II - criar cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa;

III - alterar estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares;

V - realizar concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV;

VI - criar ou majorar auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares, ou ainda de seus dependentes,

exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade;

VII - criar despesa obrigatória de caráter continuado, ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º;

VIII - adotar medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), observada a preservação do poder aquisitivo referida no inciso IV do caput do art. 7º da Constituição Federal;

IX - contar esse tempo como de período aquisitivo necessário exclusivamente para a concessão de anuênios, triênios, quinquênios, licenças-prêmio e demais mecanismos equivalentes que aumentem a despesa com pessoal em decorrência da aquisição de determinado tempo de serviço, sem qualquer prejuízo para o tempo de efetivo exercício, aposentadoria, e quaisquer outros fins.

§ 1º O disposto nos incisos II, IV, VII e VIII do caput deste artigo não se aplica a medidas de combate à calamidade pública referida no caput cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração.

§ 2º O disposto no inciso VII do caput não se aplica em caso de prévia compensação mediante aumento de receita ou redução de despesa, observado que:

I - em se tratando de despesa obrigatória de caráter continuado, assim compreendida aquela que fixe para o ente a obrigação legal de sua execução por período superior a 2 (dois) exercícios, as medidas de compensação deverão ser permanentes; e

II - não implementada a prévia compensação, a lei ou o ato será ineficaz enquanto não regularizado o vício, sem prejuízo de eventual ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º A lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual poderão conter dispositivos e autorizações que versem sobre as vedações previstas neste artigo, desde que seus efeitos somente sejam implementados após o fim do prazo fixado, sendo vedada qualquer cláusula de retroatividade.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica ao direito de opção assegurado na Lei nº 13.681, de 18 de junho de 2018, bem como aos respectivos atos de transposição e de enquadramento.

§ 5º O disposto no inciso VI do caput deste artigo não se aplica aos profissionais de saúde e de assistência social, desde que relacionado a medidas de combate à calamidade pública referida no caput cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração. (g.n)

Do quanto explanado, é possível considerar que as restrições à ampliação da estrutura administrativa no serviço público no novo regramento fiscal da LC 173/2020, em regra, não impedem reformulações, desde que haja prévia compensação mediante aumento de receita ou redução de despesa, com o fito de buscar o equilíbrio das contas públicas, fim almejado pela LRF e pela novel legislação.

Desta maneira, à luz do quanto sugerido, **entende esta Unidade Jurídica pela legalidade na criação de uma nova secretaria, desde que sejam cumpridos: 1) os trâmites processuais concernentes as peculiaridades que permeiam tal objeto, observando-se o quanto delimitado na respectiva Lei Orgânica municipal e a correlação da atividade a ser desempenhada pela Unidade em relação a atuação municipal (sendo respeitadas as competências específicas da União, dos Estados**

e do Distrito Federal); e 2) o atendimento ao quanto preconizado pelo art. 8º da LC 173/2020, que veda expressamente a criação de despesa obrigatória de caráter continuado sem prévia compensação mediante aumento de receita ou redução de despesa.

Por fim, não obstante ao enfrentamento do tema aqui exposto, **cabe pontuar que a criação de uma nova secretaria trata-se de questão da esfera discricionária do gestor, amparada pela conveniência e oportunidade, não cabendo a este Tribunal de Contas fixar determinações neste sentido**, independente de ser sua atribuição a averiguação posterior quanto à legalidade do ato instituído.

É o parecer. À consideração superior.

Em, 11 de fevereiro de 2021.

Karina Menezes Franco
Assessora Jurídica
Auditora de Controle Externo

Revisado por Flávia Queiroz – Chefe da AJU em exercício