

ACÓRDÃO 01608/2019-8 – PLENÁRIO

Processos: 04022/2018-3, 01661/2019-2, 06300/2015-4
Classificação: Recurso de Reconsideração
UG: PMM - Prefeitura Municipal de Marataízes
Relator: Sérgio Manoel Nader Borges
Interessado: NETE BATISTA DA SILVA
Recorrente: ROBERTINO BATISTA DA SILVA
Procuradores: TALYTTA DAHER RANGEL FORATTINI PEDRA (OAB: 16120-ES), GEDSON BARRETO DE VICTA RODRIGUES (OAB: 17274-ES, OAB: 151947-RJ), ROBERTINO BATISTA DA SILVA JUNIOR (OAB: 22502-ES), FELIPE OSORIO DOS SANTOS (OAB: 6381-ES)

**RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO – CONHECER –
NEGAR PROVIMENTO – MANTER ACÓRDÃO TC
1619/2017 – PLENARIO – ARQUIVAR.**

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

RELATORIO

Trata-se de Recurso de Reconsideração interposto por Robertino Batista da Silva, em face do ACÓRDÃO TC n.º 1619/2017 – Plenário, proferido nos autos do Processo TC 6300/2015.

Inconformado com a referida decisão proferida por esta Corte de Contas, o Recorrente apresentou o presente Recurso de Reconsideração, que foi encaminhado ao Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consulta - NRC que, por sua vez, confeccionou a Instrução Técnica de Recurso ITR 00179/2018, propondo, basicamente, o conhecimento e o não provimento do recurso, mantendo os exatos termos do Acórdão TC 1619/2017.

Enviados os autos para o Ministério Público Especial de Contas, lá foi elaborado o Parecer 02879/2018, anuindo a proposta apresentada pela área técnica.

O referido processo entrou na pauta na 33ª sessão ordinária de 2018, no dia 25/09/2018, tendo sido então apresentada sustentação oral pelo advogado do recorrente, fato este que ensejou a elaboração da Instrução Técnica de Recurso - ITR 296/2018 pela área técnica, pugnando pelo conhecimento do recurso e no mérito pelo se não provimento e, posteriormente, a elaboração do Parecer 05065/2018 pelo Ministério Público de Contas, anuindo aos argumentos fáticos e jurídicos delineados na Instrução Técnica de Recurso – ITR 296/2018.

Após, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Em consonância com a Instrução Técnica de Recurso ITR 00179/2018, constata-se que os requisitos de admissibilidade, quais sejam: o cabimento, o interesse recursal, a legitimidade e a tempestividade restam regularmente atendidos, motivo pelo qual deve o presente recurso ser conhecido.

FUNDAMENTAÇÃO

Compulsando os autos, verifico que, de acordo com a Instrução Técnica de Recurso ITR 00297/2017-6, foram imputadas ao senhor Robertino Batista da Silva as seguintes irregularidades:

Pagamento de subsídio a Secretário Municipal em desacordo com a Constituição Federal e com a legislação municipal.

Crítérios: art. 39, § 4.º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 (CRFB); arts. 30, § 3.º, e 31 da Lei Municipal 1, de 11 de outubro de 2002 (Lei Orgânica Municipal – LOM); Parecer/Consulta TC-16/2013.

Responsáveis:

a) **Robertino Batista da Silva** [Ordenador de despesas – Prefeito Municipal]

Conduta: autorizar pagamento de subsídio acrescido de outras parcelas remuneratórias, conforme apresentado nas fichas financeiras da Sr.^a Ivete Batista da Silva (fls. 49 a 52).

Nexo: ao autorizar pagamento de subsídio acrescido de outras parcelas remuneratórias, possibilitou o pagamento de valores indevidos a Sr.^a Ivete Batista da Silva, causando dano ao erário.

Culpabilidade: era exigível conduta diversa, uma vez que o art. 39, § 4.º, da CRFB determina que Secretários Municipais sejam remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer espécie remuneratória.

Ausência de adoção de medidas administrativas e/ou abertura de tomada de contas especial para apuração de pagamentos irregulares.

Crítérios: Instrução Normativa TCEES 32/2014 e art. 152, *caput* e §1.º, do RITCEES.

Responsável:

a) **Robertino Batista da Silva** [Ordenador de despesas – Prefeito Municipal] e **Ivete Batista da Silva** [Secretária Municipal de Administração].

Conduta: não promover a adoção de medidas administrativas e/ou instauração da tomada de contas especial, quando teve conhecimento de pagamentos irregulares de gratificações diversas a servidores.

Nexo: ao não promover a adoção de medidas administrativas e/ou instauração da tomada de contas especial, consentiu que não fossem ressarcidos ao erário os valores pagos indevidamente.

Culpabilidade: era exigível conduta diversa, uma vez que a norma determina a adoção de medidas administrativas e/ou instauração de processo de tomada de contas especial quando ocorrer prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário.

No que tange aos pontos destacados pelos recorrentes, no presente voto adoto o posicionamento construído e externado na ITR 00179/2018, corroborado pelo Ministério Público de Contas, segundo o qual:

[...]

Como se vê, a conduta, o nexo de causalidade e a culpabilidade foram perfeitamente traçados na referida peça, não se podendo falar em responsabilidade objetiva do recorrente.

A responsabilidade perante esta Corte de Contas segue o modelo de responsabilidade subjetiva. Destaca-se, que tal modelo, diferentemente da responsabilidade objetiva, ainda permite ao responsabilizado afastar a culpa a ele atribuída, trazendo aos autos as devidas comprovações.

O acórdão ora combatido não atribuiu responsabilidade objetiva ao recorrente. As irregularidades a ele atribuídas referem-se a infrações às normas legais que regem a matéria.

No caso ora em análise, o recorrente não logrou êxito em trazer aos autos qualquer elemento de prova que descaracterizasse a conduta culposa que lhe foi imputada ou o nexo de causalidade entre sua conduta e a violação da ordem jurídica.

Desta forma, encontram-se presentes todos os elementos necessários à sua responsabilização: a ação comissiva ou omissiva, o dano (a violação da ordem jurídica), o nexo de causalidade e a culpa do agente.

Ademais, ao ordenador de despesas, em razão de sua posição na cadeia hierárquica da Administração, compete a supervisão zelosa dos atos perpetrados por seus comandados, mormente daqueles que se originam despesas públicas.

Essa obrigação ganha maior dimensão quando os subalternos são escolhidos pelo próprio ordenador.

Acerca da responsabilização do ordenador de despesas já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS 20.335 assim ementado:

STF - Mandado de Segurança nº 20.335-DF

Relator(a): Min. Moreira Alves

Mandado de segurança contra o Tribunal de Contas da União. Contas julgadas irregulares. Aplicação da multa prevista no artigo 53 do Decreto-lei 199/67.

- A multa prevista no artigo 53 do Decreto-lei 199/67 não tem natureza de sanção disciplinar.

- Improcedência das alegações relativas a cerceamento de defesa.

- **Em direito financeiro, cabe ao ordenador de despesas provar que não é responsável pelas infrações, que lhe são imputadas, das leis e regulamentos na aplicação do dinheiro público.**

- Coincidência, ao contrário do que foi alegado, entre a acusação e a condenação, no tocante a irregularidade da licitação.

- Mandado de segurança indeferido (g.n).

No voto condutor do julgado supra referido o Min. Moreira Alves deixou assentado que:

“Também improcede a alegação de que sua condenação, por haver autorizado pagamentos a funcionários fantasmas, foi ilegal, pois se baseou em presunção de culpa, e não em culpa demonstrada cabalmente.

A essa alegação respondem, com vantagem, as informações:

‘Contrapõe-se, entretanto, às alegações oferecidas o fato de ser o Ordenador de Despesa, via de regra, o dirigente de uma Unidade Administrativa, conforme, aliás, ocorre no caso; e sendo assim, está ele legalmente obrigado a exercer a fiscalização hierárquica sobre os órgãos inferiores da mesma administração, forma de controle essa que visa ordenar, coordenar, orientar e, inclusive, corrigir as atividades de tais órgãos.

A propósito, ensina o preclaro Prof. Hely Lopes Meirelles que ‘são características da fiscalização hierárquica a permanência e a automaticidade, visto que se exercita perenemente, sem descontinuidade e independentemente de ordem ou de solicitação especial’ (Direito Administrativo Brasileiro, 3ª edição, págs. 612/3).

Poder-se-ia, pois, dizer, parafraseando o próprio impetrante, que é para isso, também, que existem as chefias mediatas.

Por outro lado, **ainda que** o Sr. Armando Vasone Filho **desconhecesse efetivamente a irregularidade ora em comento, nem por isso estaria ele isento de responsabilidade, dada a sua qualidade de Ordenador de Despesa** e de dirigente de Unidade Administrativa, a quem a lei atribui o encargo de justificar o bom e regular emprego dos dinheiros públicos. Uma vez apurada irregularidade material ou formal de despesa (no caso, irregularidade material), remanesce a presunção de que a responsabilidade correspondente deve ser atribuída ao referido Ordenador, **salvo se ele conseguir justificar, isto é, demonstrar convincentemente, que a irregularidade foi praticada exclusivamente por subordinado que exorbitou das ordens recebidas.**

Vê-se, pois, que, **em tema de Direito Financeiro, mais particularmente, em tema de controle da aplicação dos dinheiros públicos, a responsabilidade do Ordenador de Despesa pelas irregularidades apuradas se presume, até prova em contrário, por ele subministrada.**

A afirmação do impetrante de que constitui heresia jurídica presumir-se a culpa do Ordenador de Despesa pelas irregularidades de que se cogita, não procede portanto, parecendo decorrer, quiçá, do desconhecimento das normas de Direito Financeiro que regem a espécie:

Acrescente-se, ainda, que **de acordo com o artigo 93 do Decreto-lei nº 200, de 25-2-67, 'quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego, na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes'.**

[...]

Em consequência, o impetrante é o responsável pela aplicação dos dinheiros públicos quanto à despesa com o pagamento aos chamados 'funcionários fantasmas', pelas seguintes razões: a) **o controle formal da despesa, por parte dos Ordenadores, não dispensa o controle material ou substancial;** b) **a participação dos chefes imediatos na realização das despesa não dispensa a supervisão e, por isso mesmo, responde o chefe mediato, a nível de Ordenador de Despesa, por culpa in vigilando,** amenos que, como já foi dito, a irregularidade tenha sido praticada exclusivamente por agente subordinado que exorbitou das ordens recebidas, o que, no caso, não resultou demonstrado" (g.n).

De se notar que o STF, no julgamento do M.S 20.335, firmou o entendimento de que o Ordenador de Despesas é responsável pelas irregularidades apuradas em sua administração posto que deve exercer a supervisão dos atos praticados por seus subordinados ante a sua obrigação de zelo pela regular aplicação dos recursos públicos, sendo que, na ocorrência de anomalias, sobretudo aquelas que causam dano ao erário, afigura-se hipótese de atribuição de culpa *in vigilando* e *in eligendo* ao Ordenador. O Ordenador, ainda de acordo com o julgado do STF, somente se isenta da responsabilidade se provar que a culpa é exclusiva do subordinado.

Aliás, este Tribunal vem reconhecendo a culpa *in vigilando* e *in eligendo* como elemento subjetivo caracterizador da responsabilidade de Prefeito Municipal que, na qualidade de Ordenador de Despesas, não exerce a esperada supervisão dos atos praticados pelos subordinados por ele escolhidos:

ACÓRDÃO TC-372/2015 - PLENÁRIO

Tratam os presentes autos de denúncia, protocolizada sob o nº 6072/2008, encaminhada a esta Corte de Contas pelo Senhor (...), dando conta de supostas irregularidades ocorridas no Município de São Mateus em relação à ausência de pagamento a empresa (...).

[...]

O responsável, devidamente citado, compareceu aos autos, fls. 152/165, **afirmando que não participou dos atos, ora imputados a ele, e tampouco teve ciência dos mesmos**. Em suma, alega que os procedimentos licitatórios em questão foram realizados sem sua autorização, nada declarando em relação ao mérito.

O agente público investido na qualidade de Prefeito Municipal é o ordenador de despesas do Município o qual governa, sendo seu dever legal zelar pelo regular emprego dos recursos públicos, visando melhor atender ao interesse público. Assim, não é razoável que este gestor compareça aos autos alegando sua irresponsabilidade, em face do desconhecimento dos atos praticados por seus subordinados durante a gestão.

Neste sentido, o Tribunal de Contas da União fundamenta os seus julgados de forma pacífica, conforme segue demonstrado na ementa do Acórdão abaixo transcrito:

“ACÓRDÃO 1247/2006 ATA 16 - PRIMEIRA CÂMARA [texto original] Relator: GUILHERME PALMEIRA - TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO DE CONVÊNIO. NEGADO PROVIMENTO. 1. **A delegação de competência não transfere a responsabilidade para fiscalizar e revisar os atos praticados.** 2. **O Prefeito é responsável pela escolha de seus subordinados e pela fiscalização dos atos por estes praticados. Culpa in eligendo e in vigilando.** Diário Oficial da União: 22/05/2006.”

As justificações do responsável não prosperam quanto à argumentação de que não teve ciência dos procedimentos realizados pela Municipalidade, pois a ausência de conhecimento dos atos praticados no âmbito da Administração Pública Municipal não pode servir de escusa para isentá-lo de sua responsabilidade, tendo em vista os institutos da culpa in eligendo, da culpa in vigilando e do poder-dever de fiscalização.

Certamente é humanamente impraticável que **o gestor de um município, investido na qualidade de Prefeito**, tenha conhecimento e domínio sobre todos os atos realizados por seus subordinados, assim, **o que se espera, é que ele tenha a devida cautela de escolher bem os seus auxiliares, cabendo-lhe, à fiscalização de tais atos, caso contrário, responder-se-á por culpa in eligendo, ou seja, pela negligência na indicação/contratação de seus subordinados.**

Por fim, vislumbro que não havia outra razão, senão a manobra da municipalidade em desrespeito à legislação, para que as aquisições fossem realizadas no mesmo dia (07/01/2008) em separado, já que ambas visavam à execução do mesmo convênio (nº 009/2007) e os produtos eram do mesmo gênero.

Assim, em face das constatações elencadas, acompanho a área técnica e o MPEC, no sentido de manter a presente irregularidade.

(Processo: 3417/2008, Data da sessão: 14/04/2015, Relator: JOSÉ ANTONIO ALMEIDA PIMENTEL, Natureza: DENÚNCIA).

Diante do exposto, opina-se pelo não acolhimento da preliminar arguido pelo recorrente.

Quanto a alegação de boa-fé do recorrente como impedimento para o ressarcimento, não há como se falar em interpretação errônea ou boa-fé, na medida em que o pagamento do auxílio alimentação foi feito em valores superiores ao estabelecido em lei. Ora, o valor era certo, não havia qualquer dúvida sobre isto. E mesmo assim, foi pago à senhora Ivete Batista da Silva valores superiores aos estabelecidos em lei.

Ressalta-se que o recorrente foi condenando a ressarcir o erário em razão do pagamento de auxílio alimentação **acima dos valores legalmente autorizados**.

Desta forma, frisa-se que não lhe está sendo imposta a devolução de verbas indenizatórias, e sim, a devolução de valores pagos acima do estabelecido em lei.

Em sede de sustentação oral, alega o recorrente os mesmos argumentos já apreciados na ITR 179/2018, a única argumentação nova refere-se a observância dos art. 22 a 24 da Lei 13.655/2018, transcrevemos os argumentos abaixo:

Memoriais:

IDA ILEGITIMIDADE PASSIVA

Primeiramente, cumpre chamar atenção nesta quadra em que se explicitam as questões prefaciais, o fato de que falta à demanda instrumentalizada requisito legal para seu regular processamento, pelo menos em relação ao Sr. Robertino Batista da Silva.

De fato, inexistente qualquer ato irregular que tenha sido cometido pelo à época Prefeito Municipal apto a ensejar a condenação ao ressarcimento pretendida, vez que não há qualquer fundamento legal para tanto, dado que, conforme de conhecimento deste Egrégio Tribunal de Contas, nenhum ato seu resultou no pagamento cuja ilegalidade se ventila.

De fato, da análise de todo o demonstrado nos autos, emerge sem sombra de dúvidas o fato inafastável de que a composição salarial dos das centenas de servidores do Município poderia ser pessoalmente supervisionada pelo Prefeito Municipal, que delega aos Secretários Municipais competentes o gerenciamento específico de tais questões.

Importante notar que, conforme já enunciado por este próprio Tribunal em várias oportunidades existe nos processos administrativos a necessária segregação de funções, que atrai a consequente compartimentalização de responsabilidades, principalmente frente ao fato de ser impossível ao Chefe do Executivo acompanhar todo e qualquer procedimento executado por seus auxiliares.

Nesse sentido, torna-se deveras rigoroso atribuir ao Prefeito Municipal qualquer possível irregularidade havida nos pagamentos realizados pela Municipalidade. Diante da impossibilidade de que ele acompanhe pormenorizadamente cada um deles, resta-lhe a confiança na fé pública das declarações de regularidade emitidas pelos agentes políticos.

Assim, em razão da razoabilidade que deve permear a atuação dos órgãos de controle, bem como da aplicação dos princípios da segurança jurídica e da individualização das condutas para fins de responsabilização, não se afigura razoável a punição do Gestor por atos dos quais não tomou parte.

No caso em tela, não se apresenta nos autos qualquer liame a demonstrar a participação específica do sr. Robertino Batista da Silva na definição da composição remuneratória de qualquer servidor, atitude não exigível do Chefe do Executivo, tendo em vista o grande número de servidores componentes da folha de pagamento.

Ocorre que, quanto a isso, não houve qualquer fundamentação na decisão atacada a justificar a culpabilidade que autorizasse a condenação do Recorrente às graves sanções que lhe foram impostas.

Não há dúvidas, portanto, acerca da impossibilidade de que o Chefe do Executivo, responsável pelo direcionamento e comando geral das políticas públicas a serem executadas pelo Ente Municipal, acompanhe pormenorizadamente todas as ações administrativas necessárias ao funcionamento da máquina pública.

Em verdade, em uma estrutura administrativa como o Município, mostra-se impossível que o Alcaide realize pessoalmente todos os atos necessários à gestão, sendo crucial que existem auxiliares com o poder de tomar decisões autônomas e independentes com presunção de correção.

Dessa autonomia decorre logicamente a impossibilidade de que seja o Chefe do Executivo responsabilizado por ações nas quais não toma parte e, na maioria das vezes, nem mesmo conhecimento, pois se desenvolvem à sua revelia.

Ademais, a condenação imposta pelo Acórdão recorrido em momento algum se baseou ou apontou qualquer conduta própria do Recorrente que justificasse a sanção, tratando nestes autos de inaceitável responsabilização objetiva.

Nota-se, então, a toda evidência e com apoio na legislação, bem como em entendimentos reiterados por Cortes de Cotas e Tribunais de justiça, que resta flagrante no caso em tela a ilegitimidade do Sr. Robertino Batista da Silva para figurar como responsável das supostas irregularidades apontadas, dada a impossibilidade de que acompanhasse detalhadamente os atos administrativos questionados.

Verifica-se, portanto, que, inexistindo provas acerca do envolvimento efetivo do Prefeito Municipal, não há que se falar em responsabilização, o que desde já se REQUER!

II -DAS RAZÕES QUE EVIDENCIAM A NECESSIDADE DE REFORMA DA R. DECISÃO-PLENÁRIO N.º TC-1619/2017 -Interpretação de boa-fé que não pode ser alvo de ressarcimento

De acordo com a decisão recorrida, o pagamento realizado à Secretária Municipal de Administração questionada nos autos, seria irregular, no que diz respeito ao auxílio alimentação, por força da determinação da Constituição Federal, reprisada na Lei Orgânica Municipal que dispõe que Secretários Municipais "serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória".

Com base em tal argumentação, sustenta-se que havia a obrigatoriedade por parte do Gestor de conhecer a impossibilidade de que a remuneração da

servidora cedida não poderia ter sido acrescida das vantagens pessoais que detinha no cargo de origem.

Entretanto, a interpretação pela impossibilidade de suprimir as vantagens já agregadas ao patrimônio da servidora, de acordo com as regras do convênio de cessão celebrado, se mostra perfeitamente compatível com o regime único dos servidores, sendo interpretação já consolidada no âmbito do Município, conforme documentos que demonstraram nestes autos que o regime remuneratório já era empregado desde administrações anteriores.

Nesse sentido, ainda que considerada incorreta a forma de remuneração adotada, todas as provas coligidas aos autos demonstram a boa fé da Administração, por meio da ação do Prefeito Municipal, ao adotar o regime remuneratório.

Tanto é assim que, uma vez notificada, a Administração informou a este Tribunal que cessou imediatamente os pagamentos, adotando, dali em diante, o entendimento sinalizado pelo Tribunal de Contas acerca do tema, demonstrando o intuito do Prefeito Municipal de se enquadrar nas práticas corretas no que diz respeito à aplicação da remuneração por subsídio.

Quanto a isso, convém ressaltar ainda que, a própria argumentação utilizada pela Auditoria desta Corte, que usa como paradigma um parecer acerca de consulta endereçada ao Tribunal no ano de 2013, demonstra a fundada dúvida que pairava sobre os municípios acerca da forma correta de aplicação do instituto legal.

Ora, se não houvesse incerteza sobre o tema nem seria necessária a manifestação do Tribunal de Contas, clarificando seu entendimento sobre o tema. O parecer-Consulta utilizado na própria manifestação técnica demonstra de maneira cabal a inexistência de certeza em relação ao tema, tomando escusável a interpretação adotada pelo Município de Marataízes.

Isso porque, vale repisar, caso inexistissem entendimentos diferentes sobre a matéria, não seria necessária a manifestação do Tribunal.

Tanto é assim que, na pendência do julgamento deste processo, o Supremo Tribunal Federal se manifestou acerca da possibilidade do pagamento das verbas de 13º e férias aos Secretários Municipais, firmando entendimento contrário ao exposto por este Tribunal de Contas, pela legalidade da concessão dos benefícios.

A prolação da decisão foi bastante didática ao demonstrar a possibilidade de diferentes posicionamentos acerca do tema, deixando claro que a existência de entendimento diverso daquele praticado pelo Tribunal de Contas não implica em irregularidade ou má-fé, necessariamente.

Nesse contexto inexistindo má fé na interpretação errônea de dispositivo legal, o que, dependendo de decisões dos Tribunais, conforme se viu, pode mudar, não há que se falar em ressarcimento, mormente em se tratando de verba alimentícia indenizatória e tendo em vista ainda a correção de conduta adotada voluntariamente.

Com efeito, o TCE-ES, já deixou claro, em seu informativo de jurisprudência nº. 09, de 13 a 24 de abril de 2015, citando jurisprudência do TCE/MG, que verbas alimentares percebidas de boa-fé, em razão da interpretação, mesmo que errônea, da lei não são passíveis de restituição, fato sobre o qual também não se manifestou o Acórdão recorrido.

Não há que se falar, portanto, em qualquer hipótese de ressarcimento, tendo em vista a própria jurisprudência dessa Corte de Contas, bem como as abundantes evidências de que o Gestor agiu a todo tempo de boa-fé.

Por fim, resta ainda apontar a incoerência da decisão ao ordenar o ressarcimento dos valores pagos a título de auxílio alimentação, típica verba

indenizatória que a própria argumentação interna do pronunciamento considera como exceção à parcela única dos subsídios.

Assim, também no caso do auxílio alimentação, ainda que desconsiderada a manifesta boa-fé demonstrada nos autos, não poderia ser alvo de ressarcimento, pois trata-se de verba indenizatória em seu sentido clássico.

Diante de tudo isso, é de se atentar para a nova norma que regulamenta a atuação dos órgãos de controle e merece ter consequências práticas na atuação deste Tribunal, a fim de trazer razoabilidade e proporcionalidade a suas decisões.

Nesse sentido, é curial que se leve em consideração o que prescreve o art. 22 a 24, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, in verbis:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Conforme facilmente se colhe do excerto: a legislação que orienta a atuação de órgãos como esta Corte de Contas claramente prescreve que em situações como a vertente, tendo em vista todos os atenuantes expostos, a condenação hostilizada não é a medida a ser imposta ao gestor.

Diante disso, indispensável se faz seja reformada a decisão guerreada, de forma a afastar a irregularidade apontada em desfavor do Sr. Robertino Batista da Silva, não havendo que se falar, por conseguinte, em aplicação de penalidade de ressarcimento de valores ao erário. É o que se REQUER

Pois bem, como relatado acima, a única argumentação nova na sustentação oral foi a observância dos arts. 22 a 24 da Lei 13655/2018, passamos a tecer nossas considerações:

Primeiramente vejamos o que dispõem os arts 22 e 24 da Lei 13.655/2018:

"Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.
§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.
§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.
§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato."

"Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. *Parágrafo único.* (VETADO)."

"Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. *Parágrafo único.* Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público."

Sobre o mérito atinente ao caso em tela, não há como desconsiderar e não fazer menção à sucinta, porém precisa análise feita pela área técnica deste Tribunal de Contas, que transcrevo logo abaixo:

[...]

O senhor Robertino Batista da Silva foi responsabilizado pelas seguintes irregularidades:

Pagamento de subsídio a Secretário Municipal em desacordo com a Constituição Federal e com a legislação municipal.

Crítérios: art. 39, § 4.º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 (CRFB); arts. 30, § 3.º, e 31 da Lei Municipal 1, de 11 de outubro de 2002 (Lei Orgânica Municipal – LOM); Parecer/Consulta TC-16/2013.

Ausência de adoção de medidas administrativas e/ou abertura de tomada de contas especial para apuração de pagamentos irregulares.

Critérios: Instrução Normativa TCEES 32/2014 e art. 152, *caput* e §1.º, do RITCEES.

Ficou claramente demonstrado nos autos a conduta culposa do responsável, ao infringir as normas legais que regem a matéria.

Não houve na decisão proferida por esta Corte de Contas qualquer mudança de entendimento ou interpretação de normas sobre gestão pública que não primasse pela realidade vivenciada pelo gestor.

Senão vejamos o seguinte excerto do Acórdão ora guerreado:

[...]

Por fim, no que concerne ao pagamento do auxílio alimentação efetuado à secretária municipal, mantenho o entendimento técnico, que foi acompanhado pelo Órgão Ministerial e Relator, já que embora se trate de verba indenizatória que, segundo sua natureza, seria passível de recebimento como, ajudas de custo e diárias, **seus pagamentos se deram em valores acima dos previstos em lei, como se depreende da tabela de fls. 353, o que enseja, no caso concreto, a devolução indicada.**

Neste contexto, mantenho o montante passível de ressarcimento referente ao pagamento do auxílio alimentação recebido acima do previsto na legislação local e acrescento a sugestão quanto á concessão da fase prévia a Sr^a Ivete Batista da Silva (Secretária Municipal de Administração), em solidariedade ao Sr. Robertino Batista da Silva (Prefeito), nos termos do art. 87, §2º da LC 621/2012 e art. 157, §3º e §4º do RITCEES, pelo indevido pagamento/recebimento á título de auxílio alimentação, no montante de R\$ 6.453,00, equivalente a 2.604,95 VRTEs. (g.n)

As irregularidades imputadas ao recorrente são claras: pagamento de auxílio alimentação em valor superior ao autorizado em lei e ausência de adoção de medidas administrativas e/ou abertura de tomada de contas especial para apuração de pagamentos irregulares.

O auxílio alimentação era concedido na forma de ticket-alimentação até o mês de abril de 2014, passando a ser pago em pecúnia a partir do mês de maio/2014, nos termos da Lei Municipal 1.698/2014, que estabelecia que o valor de auxílio alimentação seria o previsto na Lei 1.677/2014. Por sua vez, essa Lei estabelecia o valor de R\$ 350,00 para o auxílio alimentação. Este valor foi alterado pela Lei 1.761/15 para o montante de R\$ 450,00, a contar do mês de março/2015 (fls. 159-163 do processo TC 6300/2015, em apenso).

Nota-se, portanto, que as normas vigentes à época dos fatos eram claras e não necessitavam de qualquer interpretação para a sua aplicação.

E, mesmo diante do estabelecido nas leis acima citadas, o senhor Robertino Batista da Silva autorizou o pagamento de auxílio alimentação em desacordo com o previsto nas leis que dispunha acerca desse benefício.

No período de dezembro/13 a abril/14, embora o auxílio alimentação devesse ser pago por meio de ticket alimentação, o benefício foi pago em espécie. Já no período de maio/2014 a junho/2015 o benefício foi pago acima dos valores autorizados pelas Leis municipais 1677/14 e 1761/15.

Também, o recorrente não demonstrou, de fato, a existência de quaisquer obstáculos ou dificuldades que o impedissem de cumprir o estabelecido nas supramencionadas Leis.

Tampouco as irregularidades têm por fundamento uma orientação nova sobre fatos ocorridos anteriormente, mas sim baseiam-se em normas vigentes à época em que os fatos ocorreram.

Por fim, destaca-se que os parágrafos 2º e 3º do art. 22 da Lei 13655/18, referem-se à aplicação da penalidade e a sua dosimetria.

No que concerne à dosimetria da penalidade aplicada, entende-se que devem os argumentos apresentados pelo Recorrente serem apreciados diretamente pelo órgão julgador, ao qual compete a valoração, dentro dos limites do ordenamento jurídico, da lesividade das condutas em face do interesse público e não por este Núcleo, responsável, apenas, pela análise técnica das irregularidades apontadas e das razões de defesa apresentadas, em grau recursal.

Diante do exposto, não há elementos nos autos que permitam a alteração das conclusões tecidas pela ITR 179/2018, as quais são corroboradas *in totum*.

Isso posto, entendo pelo **CONHECIMENTO** do recurso objeto deste autos, cujo recorrente é o Sr. Robertino Batista da Silva, e, quanto ao mérito, pela **TOTAL NEGATIVA DE PROVIMENTO**, nos termos acima delineados, mantendo-se integralmente as responsabilidades e irregularidades apontadas no Acórdão TC-1619/2017, assim como a multa aplicada e o ressarcimento correspondente a **2.604,95 VRTEs**.

Tendo em vista a interposição de recurso, ficou prejudicada a notificação anterior para o saneamento do débito, uma vez que ao interpor recurso, o recorrente buscava modificar o entendimento do Acórdão 1619/2017, porém, com o não provimento do

recurso, oportuno neste momento processual, a aplicação do artigo 157, §3º do Regimento Interno desta Corte, por enter cabível a aplicação do art. 407 do mesmo diploma legal, notificando-se o mesmo para recolhimento do débito em 30 dias na forma do referido dispositivo.

Devidamente notificados para recolherem a importância devida, em atendimento a Decisão 0010/2019, os responsáveis não apresentaram documentação alguma em relação ao recolhimento dos valores devidos, conforme informou a Secretaria Geral das Sessões, através do despacho 11511/2019, com relação ao Sr. Robertino Batista da Silva consta protocolo 2069/2019, **Embargo de Declaração** e com relação a Sra. Ivete Batista da Silva **nada consta**.

Em relação ao Embargo de Declaração opostos pelo Sr. Robertino Batista da Silva protocolado em 11/03/2019, processo 0166/2019, originando o Acórdão 00400/2019, onde a unanimidade o plenário na 10ª Sessão Ordinária, decidiu pelo **não conhecendo dos embargos** tendo em vista não ser cabível em face de Decisão Preliminar desta Corte de Contas.

Diante da Certidão de Transito em julgado 1303/2019 dos Embargos de Declaração, seguiram os autos para prosseguimento do feito.

Considerando o não conhecimento dos Embargos de Declaração interposto no processo 01661/2019 apenso, e o não recolhimento da importância devida na Decisão 010/2019, entendendo que deva ser mantida irregularidade apontada no Acórdão TC 1619/2017, julgando irregulares as contas do Senhor Robertino Batista da Silva e da Senhora Ivete Batista da Silva, mantendo o ressarcimento, em solidariedade, correspondente a 2.604,95 VRTEs, além de aplicação de multa individual respectivamente no montante de R\$ 4.000,00 e R\$ 3.000,00.

Ante todo o exposto, acompanhando integralmente o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do **Plenário**, ante as razões expostas pelo relator:

1.1. Conhecer do Recurso e quanto ao mérito negar provimento, nos termos acima delineados, **mantendo-se integralmente o teor do Acórdão recorrido TC 1619/2017.**

1.2. Dê **ciência** aos responsáveis do teor da decisão.

1.3. **ARQUIVAR** os autos após o transito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 26/11/2019 – 41ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente), Sérgio Manoel Nader Borges (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

LUCIANO VIEIRA

Procurador-geral do Ministério Público de Contas

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das sessões