



Acórdão 01669/2019-3 - 1ª Câmara

Processo: 03587/2017-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMA - Prefeitura Municipal de Alegre

Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Representante: Unidade Técnica do TCEES (NPPREV), MARCOS ANTONIO SOUZA PAZZINI, REGIS VICENTINI SILOTTI

Responsável: JOSE GUILHERME GONCALVES AGUILAR

REPRESENTAÇÃO – CONHECER – JULGAR IMPROCEDENTE

O EXMO.SR.CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

1 RELATÓRIO

Este processo trata de Representação com pedido de cautelar formulada por auditores deste Tribunal em face do Senhor **José Guilherme Gonçalves - Prefeito Municipal de Alegre**, no exercício de 2017, por suposta ilegalidade na redução temporária da alíquota de contribuição patronal suplementar devida ao Instituto de Previdência e Associação dos Servidores do Município de Alegre – IPASMA.

O ato supostamente irregular atribuído à responsabilidade do então prefeito municipal decorre da Lei Municipal 3425/2017, que sustou os efeitos da Lei 3120/2010 (estabelece o plano de amortização para o equacionamento do déficit atuarial, com a previsão de alíquota previdenciária suplementar de 32,93% para o exercício de 2017) e estabeleceu que, durante a sustação da referida lei, a alíquota suplementar passaria para 11%.

Por meio da Decisão Monocrática 843/2017, o responsável legal foi notificado para prestar as informações que entendesse necessárias, cujo prazo foi dilatado (Decisão Monocrática 1098/2017), e os esclarecimentos prestados tempestivamente.

Na Manifestação Técnica 1048/2017, a Secex Previdência opinou pela declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei Municipal 3425/2017, pelo encaminhamento ao Procurador-Geral de Justiça e pela propositura de ADIN perante o Tribunal de Justiça, por intermédio do Ministério Público de Contas; assim também pela concessão de medida cautelar para afastar a aplicação da alíquota de 11% e restabelecendo-se a alíquota de 32,93%.

O Ministério Público Especial de Contas – MPEC, no Parecer 4250/2017, acompanhou a proposta e informou o oferecimento de Representação à Procuradoria Geral de Justiça, para propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da Lei Municipal 3425/2017.

Em seguida, os autos vieram a este Relator que, discordando em parte do entendimento propugnado pela área técnica e o MPEC, proferiu voto pelo conhecimento e não concessão da cautelar, com o encaminhamento do feito segundo o rito ordinário e tramitação preferencial, tendo sido proferida pela Primeira Câmara a Decisão TC 04094/2017-4 nesse sentido.

Foi então elaborada a instrução técnica inicial ITI 1501/2017 com proposta de notificação do Prefeito Municipal quanto ao incidente de inconstitucionalidade e citação do responsável, Senhor José Guilherme Gonçalves acerca do indício de irregularidade relativo ao item 2.1- *suspensão temporária da lei 3.120/10 – redução da alíquota suplementar de 32,93% para 11% - descumprimento do plano de amortização para equacionamento do déficit atuarial.*

Citado e notificado, o responsável apresentou alegações e documentos que foram encaminhados à SecexPrevidência, que por meio da Manifestação Técnica 961/2019, entendeu estar **prejudicada, por perda do objeto, a análise de**

inconstitucionalidade da Lei 3.425/2017; reiterou ainda necessidade de citação do responsável quanto ao indicativo de irregularidade.

Novamente citado - Decisão Monocrática 293/2019 - o responsável apresentou documentos e razões de justificativas levados à análise conclusiva.

A instrução técnica conclusiva **ITC 2437/2019**, após análise das justificativas do responsável opina no sentido de:

4.2.1 **Preliminarmente**, manter a opinião técnica exarada no subitem 3.1 da Manifestação Técnica 961/2019, pela **perda do objeto quanto à análise de inconstitucionalidade da Lei 3.425/2017** proposta na Representação Inicial, conforme exposto no item 2 desta ITC;

4.2.2 **Rejeitar** as razões de justificativas apresentadas pelo **José Guilherme Gonçalves Aguiar**, Prefeito do Município de Alegre, com a sua **responsabilização** quanto ao item 3.1 desta ITC, aplicando a sanção prevista no art. 389, II, da LOTCEES, diante da prática de ato com grave infração à norma legal ou regulamentar.

4.2.3 **Determinar**, com fixação de prazo, ao atual prefeito de Alegre, ao responsável pelo controle interno do Município e ao diretor presidente do IPASMA, para a instauração de procedimento administrativo com vistas a possibilitar a **recomposição** àquele RPPS dos valores relativos às contribuições suplementares não recolhidas sob a vigência da Lei Municipal 3425/2017, que sustou os efeitos da Lei 3120/2010 e reduziu indevidamente a alíquota suplementar de 32,93% para 11%, com a incidência de correção monetária, juros e multa; e para a **apuração** da responsabilidade pessoal do(s) responsável(is) pelo valor dos encargos financeiros incidentes sobre a ausência de repasse (juros e multa), conforme jurisprudência dessa Corte de Contas, e que encaminhe os resultados dessa apuração a esse Tribunal nos termos da IN 32/2014

O Ministério Público de Contas, no parecer 3967/2019, acompanha a ITC 2437/2019.

Assim vieram os autos a este Gabinete para emissão de voto.

Eis o Relatório

2 FUNDAMENTAÇÃO

A gravidade da situação que envolve o passivo previdenciário do Município de Alegre e seu Instituto de Previdência é questão acima da discussão envolvida por esta Representação.

A Manifestação Técnica 1048/2017 contém um excelente trabalho de análise do quadro como um todo:

Destarte, a diminuição da alíquota suplementar prevista na Lei Municipal 3.120/2010 só poderia ocorrer após a realização de estudo atuarial que assentisse a condição de se instituir uma alíquota menor dentro do prazo remanescente do plano de amortização em vigor desde 2010. Ocorre que, conforme mencionado anteriormente, o último estudo atuarial realizado, datado de 31/12/2016, é bem recente e já poderia estar sendo utilizado para balizar a adoção de medidas saneadoras sem que fosse necessária a realização de novos estudos. De fato, o que se vê é um déficit atuarial exponencialmente crescente, que dificilmente será resolvido com a diminuição de alíquotas e que, mesmo em se mantendo o atual plano de amortização, que já se mostra asfixiante para as finanças do município, não será solucionado sem medidas drásticas como, por exemplo, venda de ativos do município, medidas reestruturantes do sistema de arrecadação tributária, reestruturação da máquina pública buscando eficiência nos gastos administrativos e de pessoal, dentre outras medidas que permitam o Ente acumular recursos para serem aportados no RPPS.

Proferi voto neste processo (evento processual nº 35) pela negativa de concessão de medida cautelar, em que pude fazer uma análise sucinta da situação, tomando por base inclusive as alegações do prefeito municipal. Do mencionado voto, transcrevo:

Contudo, não se pode deixar de ter em consideração as alegações apresentadas pelo gestor em resposta ao Termo de Notificação nº 1540/2017 (docs. 13 e 14):

“(…) Vale esclarecer que a Administração não vem se negando a efetivar o repasse. Vem passando pontualmente o suportável, ou seja, o valor correspondente aos servidores (11%) somados a 22%, que são pontualmente

repassados, o que se constitui em verdade asseverado pela direção do Instituto de Previdência (...).

A Municipalidade não tem receita suficiente para sobreviver das próprias pernas. Os valores calculados por obrigação sua com relação à Autarquia de Previdência são absurdos e bem superiores a arrecadação com tributos da receita municipal.

(...) Como é de conhecimento trata-se de um Município pequeno, que sobrevive do que os Governos do Estado e da União a título de Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICMS), Fundo de Participação dos Municípios (FPM) e o FUNDES, que complementam a folha de pagamento dos servidores, e, mesmo com esta complementação se mantivermos a alíquota no patamar a que se encontra, até a folha será inviabilizada.

Quando verificado que o Município não estava recolhendo a alíquota estabelecida em lei, por força do Decreto de nº 9067/2013, de autoria do gestor antecessor, na tentativa de sanar a irregularidade e ter prazo para negociar, solicitou autorização legislativa para suspensão do repasse por 180 dias, para que disponha de tempo hábil para realização de novo cálculo atuarial e as adequações. Podendo observar que a Lei estabelece em seu art. 2º - que os valores não recolhidos neste período de sustação será no plano de amortização.”

[...]

Por outro lado, não se pode olvidar que a situação financeira do Município de Alegre revela-se preocupante.

[...]

A evolução do déficit atuarial demonstra a vulnerabilidade do regime previdenciário do município de Alegre: de R\$ 62.359.727,84 (sessenta e dois milhões, trezentos e cinquenta e nove mil, setecentos e vinte e sete reais e oitenta e quatro centavos), em 2010, para o montante de R\$ 139.644.349,00

(cento e trinta e nove milhões, seiscentos e quarenta e quatro mil, trezentos e quarenta e nove reais), em 2013.

De fato, a redução da alíquota patronal suplementar posterga a diminuição do déficit atuarial e provoca o aumento da alíquota ou aporte a ser custeado pelo Município, possivelmente atingindo percentuais cada vez maiores.

Tal situação é insustentável. A Área Técnica e o Ministério Público de Contas apontam corretamente a necessidade de o Município implementar política de capitalização de recursos. Medidas drásticas precisam ser tomadas, tais como *venda de ativos do Município, medidas reestruturantes do sistema de arrecadação tributária, reestruturação da máquina pública buscando eficiência nos gastos administrativos e de pessoal, dentre outras medidas que permitam ao ente acumular recursos para serem aportados no RPPS.*

Seria, no entanto, a meu ver, muito simplista uma solução constituída por penalizar o prefeito municipal pela edição da lei. Ou simplesmente determinar que sejam feitos os pagamentos como se a lei municipal 3425/2017 não tivesse tido vigência e aplicabilidade.

Além do mais é fruto da lógica a impossibilidade de se tirar de onde não tem, ou seja, se o Município não tem recursos para pagar as contribuições complementares, tem-se uma situação muito mais complexa que demanda análise mais profunda e providências mais amplas.

Neste processo se tem, no entanto, objeto mais restrito que é a responsabilização do Prefeito Municipal pelo ato de *suspensão temporária da lei 3.120/10 – redução da alíquota suplementar de 32,93% para 11% - descumprimento do plano de amortização para equacionamento do déficit atuarial.*

Observo ainda que o nexo de causalidade, ou a conduta atribuída ao Chefe do Executivo foi *promulgar Lei Municipal em afronta à Constituição Federal, aos princípios que regem o Regime Próprio de Previdência Social, e às normas que regulamentam o equilíbrio financeiro e atuarial.*

Cabe então dividir a discussão em dois pontos, que são 1) a constitucionalidade da lei municipal e a perda de objeto para sua declaração incidental; 2) a responsabilidade do prefeito no âmbito do processo legislativo assim como a vinculação de sua conduta à lei.

Quanto à constitucionalidade da lei municipal 3425/2017, de iniciativa do Poder Executivo, que estabeleceu a redução da alíquota suplementar da contribuição previdenciária instituída pela Lei 3120/2010 por 180 dias, os auditores representantes alegam violação aos princípios da vinculação específica, da correlação e da manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário previstos no Art. 40, caput da CF/88 e no Art. 39 da CEES.

Como norma de vigência limitada, a mencionada lei perdeu vigência após o decurso de 180 dias, o que foi destacado pela Manifestação Técnica 961/2019 e acolhido na ITC 2437/2019:

A Lei 3.425/2017 foi publicada em 17 de maio de 2017 e seu artigo 1º determinava a sustação, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, dos efeitos da Lei 3.120/2010, que instituiu o plano de amortização para equacionamento de déficit atuarial.

Observa-se portanto que, pelo decorrer do tempo, a referida lei já não produz mais efeitos, não tendo mais eficácia. Assim, resta prejudicada, pela perda do objeto, a análise de inconstitucionalidade da Lei 3.425/2017 proposta na Representação Inicial. (g.n.)

Com efeito, na esteira jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, não se admite ação de inconstitucionalidade em abstrato em face de lei já revogada ou que tenha perdido sua vigência, conforme ADI 784, ADI 61 entre outras.

Acompanho assim o entendimento da área técnica quanto à prejudicialidade da instauração de incidente de inconstitucionalidade.

Quanto à responsabilização do Prefeito Municipal, segundo ponto de nossa análise, observo que a conduta supostamente reprovável, apontada pela ITI 1501/2017 é o ato de promulgação da lei.

Esta premissa que embasou a citação do agente responsável é absurdamente incorreta, sob todos os pontos de vista e não pode prosperar.

A promulgação de lei é ato do Chefe do Executivo, é o *instrumento que declara a existência da lei e ordena sua execução*¹. O ato de promulgação está implícito no ato de sanção, quando esta é expressa; quando a sanção é tácita, a promulgação deve ser feita pelo Chefe do Legislativo. *Vale dizer, a lei fora pensada, redigida, analisada e votada e aprovada no legislativo e validada pelo executivo. Significa dizer que desde o projeto de lei até sua sanção e promulgação, a lei pertence ao mundo político-jurídico*².

Em suma, é irracional responsabilizar o prefeito municipal pela promulgação da lei, porque este é um ato constitucionalmente inserido em sua competência. Uma lei aprovada tem que ser posta em vigor; em outras palavras, seria inexigível conduta diversa.

Além disso, a lei é fruto de um processo legislativo, estabelecido na Constituição Federal e reproduzido nas leis orgânicas dos municípios, bem como de um processo político de tomada de decisão, eis que a lei é uma decisão política.

O projeto foi aprovado por comissões, analisado, votado em plenário; aprovado, foi remetido ao Prefeito; as duas únicas condutas possíveis ao Prefeito, então, eram a sanção ou o veto, também decisões políticas, não passíveis de controle no âmbito administrativo, mas somente no político ou jurisdicional.

Em vigor, a lei tem aplicabilidade imediata e geral.

Resta ainda uma consideração: se é certo que não se pode responsabilizar o prefeito no âmbito administrativo pelo ato da promulgação da lei, os atos decorrentes da lei

¹ Fonte: Agência Senado - <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/promulgacao> (consultado em 30/09/2019)

² <http://tempusms.com.br/artigos/criacao-de-uma-lei-o-processo-legislativo-municipal/> (30/09/2019)

ficam sujeitos ainda assim a controle jurisdicional difuso, estendido ao Tribunal de Contas, mesmo os atos decorrentes de lei revogada.

Sobre este assunto, vale citar decisão monocrática do Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos da ADI 5571/DF, de onde se destaca:

[...]

9. É que, na visão da Corte, o controle concentrado da constitucionalidade volta-se precipuamente à defesa da ordem constitucional objetiva, razão pela qual eventuais efeitos concretos produzidos por normas que não estejam mais em vigor devem ser discutidos no âmbito do controle difuso da constitucionalidade. (grifei)

Há que se observar, no entanto, que o controle difuso nesses casos, quando se trata de lei revogada, pode alcançar efeitos de normas em concreto, **mas não se pode admitir sua incidência, retroativamente, para aplicar penalidades a quem agiu em conformidade com a norma, porque a lei se presume constitucional.**

Em síntese, não pode subsistir esta Representação porque seu objetivo é alcançar o ato do prefeito e responsabilizá-lo, o que é juridicamente impossível uma vez que o ato de promulgação da lei não é passível de controle administrativo e o controle judicial, ainda que possível de forma incidental atingiria apenas os atos praticados com base na norma sem apenamento daquele que os praticou, dada a presunção de constitucionalidade da lei vigente.

Ante o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, **discordando** do entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de deliberação que submeto à sua consideração.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

1. ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos na Primeira Câmara, ante as razões expostas pelo relator por **conhecer** a presente representação e no mérito, nos termos do art. 95, inciso I da LC 621/2012, julgá-la **improcedente**. Sejam notificadas as partes e decorrido o prazo legal, **arquivados** os autos.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 04/12/2019 – 42ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sebastião Carlos Ranna de Macedo (presidente/relator), Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Presidente

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Em substituição ao procurador-geral

MICHELA MORALE

Secretária-adjunta das sessões em substituição