



Acórdão 00832/2020-8 - Plenário

Processo: 04881/2018-2

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: SEDU - Secretaria de Estado da Educação

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Interessado: HAROLDO CORREA ROCHA, MARCOS PAULO PUGNAL DA SILVA

Representante: SECRETARIA DE ESTADO DE CONTROLE E TRANSPARENCIA -
SECONT

Responsável: KLINGER MARCOS BARBOSA ALVES

**CONTROLE EXTERNO - FISCALIZAÇÃO -
REPRESENTAÇÃO - SECRETARIA DE ESTADO DA
EDUCAÇÃO (SEDU) - EXERCÍCIO 2014 -
DESPESAS SEM PRÉVIO EMPENHO -
IMPROCEDÊNCIA - CIÊNCIA - ARQUIVAMENTO.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

I. RELATÓRIO

Tratam os autos de representação, cuja autuação foi determinada pelo Acórdão TC – 1318/2017 – Plenário, prolatado no Processo TC 8699/2015.

Aquele processo referia-se à fiscalização na Secretaria de Estado da Saúde cujo objeto era a verificação de despesas realizadas sem prévio empenho no curso do exercício de 2014. Tendo em vista terem sido encontrados indícios em outras

Secretarias estaduais e o fato estar em apuração pela SECONT, foi sugerido na Manifestação Técnica nº 745/2017 a autuação de processos para cada unidade gestora.

Encaminhados os autos à SecexSES para instrução, foi elaborada a **Instrução Técnica Inicial 594/2019** (peça 307) que sugeriu a citação do responsável para apresentar as justificativas necessárias referente ao indicativo de responsabilidade ali elencado, o que foi encampado pela **Decisão SEGEX 562/2019** (peça 308).

Devidamente citado, o responsável apresentou a Defesa/Justificativa 1445/2019 (peça 312).

Na Instrução Técnica Conclusiva 5370/2019, a área técnica manifestou-se da seguinte forma:

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

4.1. Por todo o exposto e com base no inciso II, do artigo 95, da Lei Complementar Estadual 621/2012 e artigo 99, §2º, da Lei Complementar Estadual 621/2012), sugere-se que seja reconhecida a **PROCEDÊNCIA PARCIAL** da irregularidade aventada na **ITI 594/2019**, tendo em vista o reconhecimento da irregularidade apontada no item **3.4.1, desta Instrução Técnica Conclusiva.**

4.1.1 DESPESA EFETUADA SEM PRÉVIO EMPENHO

Critério: Artigo 60, *caput*, da Lei 4.320/64.

Responsável: **KLINGER MARCOS BARBOSA ALVES** – ex-Secretário de Estado da Educação;

O Ministério Público Especial Tribunal de Contas (MPEC), manifestou-se nos termos do Parecer 00078/2020 (peça 325) da lavra do procurador Luiz Henrique Anastácio da Silva, divergindo do entendimento exarado pela área técnica, manifestou-se pela improcedência da Representação **acolhendo-se** as justificativas, **afastando-se a irregularidade** e excluindo a responsabilidade de **Klinger Marcos Barbosa Alves** – ex-secretário de Estado da Educação, ante a ausência de culpabilidade. Vejamos:

Com as devidas vênias, divergimos dessa proposta.

Deveras, em processos autuados sobre o mesmo tema relacionados a outras unidades gestoras – a exemplo dos processos TC 4514/2018, 4490/2018, 4585/2018, 4453/2018 –, a área técnica ressaltou que essa Corte “deve adotar uma posição uniforme”, sendo que “o primeiro processo analisado em sede de mérito [...] foi o processo 4617/2018, de relatoria do Conselheiro Dr. Rodrigo Coelho”, cujo acórdão, em parte, cita-se:

Em relação ao seu pagamento, por decorrência da aplicação do Decreto nº 3.689-R, o defendente não pôde realizar ajustes orçamentários para adequar as estimativas ao real consumo. Dessa forma, apesar dos

pagamentos referentes ao montante de R\$ 37.340,01 sem prévio empenho, não se vislumbra culpabilidade do defendente.

Conforme bem salientado pela área técnica, carece de culpabilidade o defendente, uma vez que o Decreto em questão retirou a autonomia sobre a execução orçamentária da SESP, ao anular os saldos de reservas de dotação orçamentárias e impedir o remanejamento orçamentário ao bloquear a emissão de Notas de Reservas, impossibilitando o reajuste orçamentário para empenho do real valor das despesas de água, esgoto e energia elétrica, despesas reservadas por estimativa. Ou seja, apesar de razoável afirmar que era possível ao defendente ter consciência da ilicitude do ato, por força do Decreto nº 3.689-R/2014, **não lhe era exigível conduta diversa, uma vez não ter autonomia orçamentária para autorizar, previamente, o empenho necessário à realização da despesa.**

Face ao exposto, me alinho ao entendimento técnico e ministerial no sentido de acolher as justificativas do defendente.

Igualmente no caso em exame, embora, por força do Decreto nº 3.689-R, de 31 de outubro de 2014, tenha havido, na **SEDU**, “pagamentos sem prévio empenho”, esse mesmo Decreto retirou a autonomia sobre a execução orçamentária da **SEDU**, “ao anular os saldos de reservas de dotação orçamentárias e impedir o remanejamento orçamentário ao bloquear a emissão de Notas de Reservas, impossibilitando o reajuste orçamentário para empenho do real valor das despesas”, carecendo de culpabilidade o defendente.

Destarte, visando uniformizar o desfecho destes autos com os outros autuados também em razão de determinação contida no r. Acórdão TC-1318/2017 – Plenário, o **Ministério Público de Contas** pugna seja julgada **IMPROCEDENTE** a presente representação, **acolhendo-se** as justificativas, **afastando-se a irregularidade** e excluindo a responsabilidade de **Klinger Marcos Barbosa Alves** – ex-secretário de Estado da Educação, ante a ausência de culpabilidade.

Feitas essas considerações, passo a analisar os fatos contidos nessa representação.

II. FUNDAMENTOS

II.1 MÉRITO

Tratam os autos de representação, cuja autuação foi determinada pelo Acórdão TC – 1318/2017 – Plenário, prolatado no Processo TC 8699/2015.

Aquele processo referia-se à fiscalização na Secretaria de Estado da Saúde cujo objeto era a verificação de despesas realizadas sem prévio empenho no curso do exercício de 2014. Tendo em vista terem sido encontrados indícios em outras Secretarias estaduais e o fato estar em apuração pela SECONT, foi sugerido na

Manifestação Técnica nº 745/2017 a autuação de processos para cada unidade gestora.

Da análise dos procedimentos licitatórios e suas contratações, verificou-se os seguintes indícios de irregularidade:

II.1.1 RELATÓRIOS DA SECONT DE AVALIAÇÃO DAS DESPESAS SEM EMPENHO NO EXERCÍCIO DE 2014 NA SEDU.

Antes de adentrar no mérito da manifestação conclusiva, a área técnica tece esclarecimentos acerca dos apontamentos produzidos pela Secretaria de Estado de Controle e Transparência – **Secont** – sobre a matéria, concluindo que em 2016, ainda não haviam sido finalizadas as sindicâncias instauradas pela Secretaria de Estado de Educação – Sedu - para apuração das despesas realizadas sem prévio empenho.

II.1.2 DESPESA EFETUADA SEM PRÉVIO EMPENHO

Critério: Artigo 60, *caput*, da Lei 4.320/64.

- **Responsável:** **KLINGER MARCOS BARBOSA ALVES** – Secretário de Estado da Educação;
- **Conduta:** autorizar despesas no exercício de 2014 com insuficiência ou sem existência de dotação orçamentária;
- **Nexo:** a conduta do ordenador de despesas permitiu que fosse realizado o serviço sem a existência de prévia dotação orçamentária, contrariando o disposto na Lei 4.320/64;
- **Culpabilidade:** É razoável afirmar que era possível ao responsável ter consciência da ilicitude do ato que praticou, sendo exigível conduta diversa do ordenador de despesas, que deveria ter autorizado, previamente, o empenho necessário à realização da despesa. Em face do exposto, é de se concluir que a conduta representa erro grosseiro, com descumprimento à dispositivo legal, pois o empenho prévio integra o ciclo da despesa pública, devendo ocorrer antes de sua execução, nos termos da Lei 4.320/64.

Na gestão do Secretário de Estado da Educação Klinger Marcos Babosa Alves, no ano de 2014, ocorreu execução de despesas sem a existência de dotação orçamentária e conseqüentemente sem o prévio empenho, que segundo o relatório da Secont (peça 303 – fls. 45 a 47), totaliza **R\$ 4.049.324,46**.

Segundo a área técnica restou claro o descumprimento do artigo 60 da Lei 4.320/64 que veda a realização de despesa sem prévio empenho.

O corpo técnico cita, ainda, o Parecer/Consulta TC 017/2015 – Plenário que diz que o empenho deve ser realizado previamente à realização da despesa.

Além do Parecer/Consulta a área técnica citou ainda Acórdão TC 1229/2017 e o Acórdão TC 109/2014.

Em sua defesa, o responsável alega em suma que:

Cumpram ressaltar que foi empenhado para o exercício 2014 saldo suficiente ao adimplemento da obrigação, no valor de R\$ 619.551,00, conforme nota de empenho 2014NE01973, sendo que ao longo do exercício de 2014 os pagamentos totalizaram a importância de R\$ 542.395,31. O restante do saldo empenhado foi, por força do Decreto de encerramento do exercício, cancelado em 09.12.2019 - R\$ 91.842,74 (2014NE19510) e 31.12.2014 - R\$ 6.907,48 (2014NE20871), recurso esse que ficou disponível para o exercício seguinte, integrando o superávit de R\$ 26.688,903, 14, conforme apurado pela Sefaz.

E como o pleito do reajuste do período de setembro a dezembro/2014 só foi apresentado em fevereiro/2015, resta evidenciada a não violação ao art. 60 da Lei nº 4.320/64, pois com o superávit na fonte 102 o recurso financeiro ficou disponível para o exercício seguinte.

Analisando as razões de defesa a área técnica assim se manifesta em relação às irregularidades que devem ser relevadas:

3.3.1 (a) Programa de trabalho 1666 – aquisição, construção, ampliação e reforma de imóveis R\$ 30.124,68 (Anexo A).

Argumentou o defendente que como o direito ao ressarcimento somente se tornou líquido e certo após análise e manifestação favorável da Procuradoria Geral do Estado - PGE – e da Secont, e que antes disso não havia certeza jurídica quanto a obrigatoriedade de ressarcir.

Desta maneira, o pagamento a título de indenização só foi efetuado no exercício de 2015, após o prévio empenho - 2015NE03793.

Entende-se que deve ser excluída a responsabilidade do defendente, pois há no presente caso, **inexigibilidade de conduta diversa**, eis que ele agiu com prudência ao aguardar a orientação da PGE e da Secont para realização do empenho.

3.3.2 (e) Programas de trabalho 2651– Administração da unidade (fonte 102) R\$ 131.126,15; (h) 4347 - Apoio ao funcionamento das unidades de ensino fundamental (fonte 102) - R\$ 227,00; (i) 4347 - Apoio ao funcionamento das unidades de ensino fundamental (fonte 131) - R\$ 3.462,70 e (J) 4348 - Apoio ao funcionamento das unidades de ensino médio (fonte 102) R\$ 159,58

Entende-se que deve ser excluída a responsabilidade do defendente, pois tratam-se de **empenhos realizados por estimativa**.

Essa espécie de despesa é empenhada, tendo como referência uma estimativa de consumo calculada com base no consumo dos exercícios anteriores. Sendo por isso, impossível prever o seu valor exato.

E, em razão do Decreto nº 3.689-R, de 31 de outubro de 2014, o defendente foi impossibilitado de realizar ajustes orçamentários para adequar as estimativas ao real consumo.

Assim, o Decreto nº 3.689-R, de 31 de outubro de 2014, não apenas bloqueou a emissão de novas notas de reserva por parte dos gestores das unidades, retirando-lhes a autonomia orçamentária, como anulou os saldos das reservas existentes.

Entende-se, portanto, que **carece de culpabilidade o defendente**, uma vez que o Decreto em questão retirou a autonomia sobre a execução orçamentária da SEDU, ao anular os saldos de reservas de dotação orçamentárias e impedir o remanejamento orçamentário ao bloquear a emissão de Notas de Reservas, impossibilitando o reajuste orçamentário para empenho do real valor dessa espécie de despesa.

3.3.3 (d) Programa de trabalho 1673 – Construção, ampliação, reforma, reparos e acessibilidade nas unidades escolares de ensino médio (fonte 131) R\$ 159.429,90

Refere-se à 16ª medição do contrato nº22/2013.

Com relação à essa despesa verificou-se que o IOPES somente encaminhou o processo relacionado a ela em 12/01/2015 e ainda com valor superior ao previsto originalmente.

Não há, portanto, nexos de causalidade entre a conduta do defendente e a ocorrência da possível irregularidade. Assim, exclui-se a responsabilidade do Secretário neste caso.

3.3.4 (f) Programa de trabalho 2651 – Administração da unidade (fonte 101) R\$ 29.670,00 (Anexos F)

Refere-se a auxílio moradia a favor do Servidor Wilson Alves Pereira.

Verifica-se que o processo relativo a essa despesa tramitou no exercício de 2014 pelos órgãos de controle (PGE/Secont) e somente se concluiu no exercício de 2015. Entende-se, portanto, que **carece de culpabilidade o defendente**.

3.3.5 (g) Programa de trabalho 4088 – Estágios na rede de ensino (fonte 102) R\$ 23.662.69,00 (Anexos G); (k) Programa de Trabalho 4657 – Remuneração do pessoal ativo (fonte 102) – R\$ 3.150,04 (Anexo K); (n) Programa de Trabalho 8664 – Alfabetização de jovens e adultos (fonte 102) – R\$ 1.241,33 (Anexo N)

O Governo do Estado por meio do Decreto Estadual nº 3689-R, de 31 de outubro de 2014, estabeleceu normas relativas ao encerramento do exercício financeiro do referido exercício.

Tendo sido fixado o dia 12/12/2014 para o Empenho das despesas conforme o seu (art. 6º), entretanto as despesas referentes a estagiários e folha de pagamento não estavam inseridas nas limitações descritas no *caput* do artigo 5º do Decreto 3689-R/2014, nos seguintes termos:

Art. 5º

(...)

§1º Excetuam-se do disposto no *caput* as despesas **referentes a pessoal** e encargos sociais, **estagiários**, auxílios a policiais voluntários da reserva, indenização por acidente em serviços, outros benefícios assistenciais, sentenças e sequestros judiciais, juros e amortizações da dívida pública, transferências constitucionais e legais, despesas das áreas da Educação e da Saúde, diárias, convênios, inclusive contrapartidas, transferências fundo a fundo, despesas com licenciamento, com seguros, e penalidades pecuniárias (multas), alimentação de presos, obras de caráter emergencial e despesas de custeio para atendimento de calamidades públicas, recursos provenientes de operações de crédito, obrigações tributárias e obrigações provenientes de determinações judiciais. **(Grifo nosso)**

Entende-se, portanto, que **carece de culpabilidade o defendente.**

3.3.6 (m) Programa de trabalho 8651 – Modernização de serviços de tecnologia da informação e comunicação (fonte 131) R\$ 416.577,45 (Anexo M)

Refere-se ao Contrato 073/2010.

Trata-se de um procedimento administrativo através do qual a Gerência de Tecnologia de Informação – GTI – informa que foram prestados serviços de informática pela Prodest à Sedu, sem amparo contratual.

Nesse sentido a Prodest solicitou indenização em razão de serviços prestados sem cobertura contratual no período de 01/01/2014 a 16/03/2014. Na Manifestação Técnica – CTEC/SECONT N° 113/2014 (evento processual n° 317, fls. 23 a 26) o Controle Interno se posicionou no sentido de não haver óbice ao pagamento da indenização. Entretanto recomendou a realização de apuração interna para identificar quem deu causa à despesa sem cobertura contratual.

Posteriormente após toda a tramitação deste processo pela Secont e pela própria Sedu, apenas em 19/02/2015 (evento processual n° 317, fls. 55/57) foi autorizado o pagamento via indenizatória à Prodest no valor de R\$ 416.577,45.

Face ao exposto carece de responsabilidade o defendente por não ter sido ele o responsável pela possível irregularidade apontada na ITI.

3.3.7 (o) Programa de trabalho 8665 – Ampliação e desenvolvimento de jovens e adultos (fonte 132) – R\$ 755,70 (anexo c) e (p) Produção de dados e informações estatísticas educacionais (fonte 133) – R\$ 753,63

Essas despesas referem-se a pagamentos de custas de processos judiciais em que a SEDU não foi informada a tempo de regularização dentro do exercício de 2014. Posteriormente foi providenciada a regularização do saldo contábil, conforme orientação da Cecog/Sefaz.

3.3.8 (Q) Programa de trabalho 8673 – Valorização das boas práticas da educação (fonte 102) R\$ 28.029,00 (Anexo Q)

Essa despesa refere-se a compra de aparelhos de televisão, cujas despesas estavam previamente empenhadas no exercício de 2014 (empenho 2014NE20305).

Entretanto a empresa contratada somente entregou os produtos no mês de março de 2015. Nesse passo, agiu bem o gestor em pagar no exercício seguinte para evitar a inadimplência do contratado.

Deve-se enfatizar neste ponto que em atendimento ao Decreto n° 3689-R/2014, os empenhos foram cancelados forçosamente não havendo configuração de irregularidade.

3.3.9 (R) e (S) Programa de trabalho 8675 – Serviços terceirizados para unidades escolares de ensino fundamental (fonte 102) R\$ 6.588,61 (Anexo r) e R\$ R\$ 9.961,13 (Anexo S)

Referem-se a reajuste dos contratos 053/2010, 048/2009 e 056/2010.

Neste caso observa-se que as empresas contratadas solicitaram reajuste dos contratos apenas no exercício de 2015.

A SEDU somente reajusta os seus contratos mediante solicitação formal das empresas contratadas, fato que se entende como uma conduta regular e legal devendo por isso ser afastada a irregularidade nesse item.

3.3.10 (t) Programa de trabalho 8679 – Melhoria na qualidade de aprendizagem no ensino fundamental (fonte 131) R\$ 103.520,23 (Anexo T)

Refere-se ao Pregão Eletrônico 30/2013 – aquisição de acervo bibliográfico para as escolas de ensino fundamental.

Verifica-se que por força do Decreto n° 3416-R a nota de empenho 2013NE14247 foi cancelada e quando o processo foi encaminhado para o pagamento (final do mês de dezembro) não houve tempo hábil para reempenho da despesa no exercício de 2014.

3.3.11 (u) Programa de trabalho 8682 – Ampliação dos estudos em línguas estrangeiras (fonte 102) R\$ 22.297,68 (Anexo U)

Refere-se ao reajuste do contrato n° 065/2012

Verifica-se de acordo com os documentos acostados aos autos como anexo que o pleito do reajuste do período de setembro a dezembro de 2014 só foi efetivamente apresentado em fevereiro de 2015, restando evidenciada a ausência de culpabilidade por parte do defendente relativo a esta despesa.

3.3.12 (L) Programa de trabalho 6682 – Serviços terceirizados das unidades centrais e regionais (fonte 102) – R\$ 2.557.573,66 (Anexos L1 e L2)

Referem-se aos contratos de vigilância, limpeza e locação de veículos.

• **Processo 4491752/2009 (vigilância)**

Trata-se de análise de pedido de reajuste no valor dos contratos de vigilância, formulado pela empresa Conservadora Juiz de Fora em que ao final foi considerado devido o pagamento da 2ª hora prorrogada.

Na Peça Complementar 28228/2019 (evento processual n. 316), consta parecer às (fls. 40/41) da Secont aprovando o pagamento do reajuste em 15 de dezembro de 2014, fora, portanto do prazo hábil para realizar empenho no exercício de 2014.

Apenas em 05/02/2015 foi determinada à GFD a emissão de empenho no valor total de R\$ 1.777.454,95 em favor da empresa Conservadora Juiz de Fora de Vigilância Ltda. (evento processual n. 316, fl. 59).

Nesse passo, não há que se falar em irregularidade por parte do defendente com relação a essa despesa.

• **Processo 611978190/2014 (limpeza)**

Segundo a justificativa apresentada:

“O Processo 611978190 - despesas referentes a reajuste e parte de saldo de dezembro de 2014, cuja solicitação somente foi apresentada no exercício de 2015.

2015NE00683 - despesa referente a serviço de limpeza - valor de R\$ 10.000,00 processo 68878400-em 2014 por força do Decreto de encerramento nº 3689-R/2014, **foram canceladas as notas de empenho 2014NE00805 e 2014NE00806, deixando apenas o saldo a ser pago em janeiro de 2015. Por equívoco na previsão da fatura no valor de R\$ 1.044.598,74, ficou faltando R\$ 10.000,00 que foi empenhando em 2015. Portanto, quando da execução do serviço havia empenho”.**

Verifica-se que esses serviços se referiam ao mês de competência – dezembro de 2014 e foram atestados apenas em **16/01/2015** (evento processual 28228/2019, fls.104).

Assim a autorização do pagamento desta diferença somente ocorreu em **26/01/2015** (evento processual 28228/2019, fls. 105) conforme a autorização do Senhor Eduardo Malini, então Subsecretário de Estado de Administração e Finanças, o que impossibilita atribuir irregularidade ao ora defendente.

• **Processo 54402476/2011 (Locação de automóveis)**

Conforme o processo de sindicância nº 69365628, somente em **13/02/2015** foi autorizada e solicitada a emissão de nota de empenho e pagamento em favor da empresa SALUTE – Locação e Empreendimentos Ltda no valor de R\$ 763.255,33 (evento processual 28228/2019, fls 122).

Afasta-se, portanto, a imputação de responsabilidade do defendente em relação a esta despesa que segundo demonstram os documentos somente foi autorizada no exercício de 2015. (Grifo nosso)

Com relação às irregularidades que devem permanecer assim se manifesta o corpo técnico, na ITC 5370/2019:

3.4 Análise das justificativas apresentadas em que a irregularidade deve permanecer

3.4.1 (b) e (c) Programa de trabalho 1672 – construção, ampliação, reforma, reparos e acessibilidade nas unidades escolares de ensino fundamental (fonte de recursos 131 e 102 (Anexos “b” e “c”))

O primeiro Programa de trabalho 1672, relativo à fonte de recursos 131, refere-se aos contratos 164/2013 e 016/2013 e perfazem um total de R\$ 360.063,22.

Já o Programa de trabalho relativo à fonte de recursos 102, se refere ao contrato 145/2013 e perfaz um total de R\$ 160.950,08.

Relativamente às despesas, entende-se que não deve ser excluída a responsabilidade do defendente, eis que a própria defesa apresentada afirma ter havido equívoco nas operações. Havendo nesse caso a configuração de erro grosseiro e passível de responsabilização.

É razoável afirmar que era possível ao responsável ter consciência da ilicitude do ato que praticou, sendo exigível conduta diversa do ordenador de despesas, que deveria ter autorizado, previamente, o empenho necessário à realização da despesa. Segunda a própria defesa ele não fez por erro e é de se concluir que a conduta representa erro grosseiro, com descumprimento à dispositivo legal, pois o empenho prévio integra o ciclo da despesa pública, devendo ocorrer antes de sua execução, nos termos da Lei 4.320/64.

Ora, o artigo 60 da Lei 4.320/64 estabelece que é vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

O empenho regular cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição. Toda despesa pública somente poderá ser concretizada mediante o prévio empenho até o limite das dotações orçamentárias de cada exercício financeiro.

De acordo com a o artigo 58 da Lei 4320/64 define-se empenho da seguinte forma:

O empenho da despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição”.

O mesmo diploma legal, no artigo 60, veda a realização de despesas sem prévio empenho, leia-se:

Art. 60 - "É vedada a realização de despesa sem prévio empenho”.

Em sendo assim, pelo conceito da Lei 4.320/64, não há *empenho a posteriori*. Como se vê, o princípio de que não se pode pagar antecipadamente qualquer despesa é consagrado em lei, quando se prevê primeiro o empenho, depois a liquidação da despesa, para só então permitir o seu pagamento; essa é a prática necessária e imprescindível.

A materialização do empenho se faz por meio da emissão de um documento denominado “Nota de Empenho”.

A emissão da Nota de Empenho pressupõe vencidas todas as fases anteriores da execução da despesa quais sejam: autorizações, abertura de processo licitatório, ou justificativa para sua dispensa, procedimento, julgamento, etc.

Sobre o tema, colacionamos a doutrina de J. Teixeira Machado Júnior e Heraldo da Costa Reis, na Obra “A Lei 4.320 Comentada”, 27ª edição, pág. 119:

O conceito de empenho pressupõe anterioridade. O empenho é *ex-ante*. Daí o receio de ter uma definição legal de empenho meramente formal. No entanto, a prática brasileira é a do empenho *ex-post*, isto é, depois de executada a despesa, apenas para satisfazer ao dispositivo legal, ao qual o Executivo não quer obedecer, por falta de capacidade de programação.

Pelo conceito da Lei 4.320, não há empenho a posteriori. (...)

Grifo nosso.

O Tribunal de Contas da União, no julgamento do processo nº TC 018.715/2005-2, Acórdão nº 1404/2011, 1ª Câmara, sobre o assunto determinou a: “(...) observância das fases da despesa pública, de modo que

o empenho seja prévio ou contemporâneo à contratação, consoante artigos 58 a 70 da Lei nº 4.320/1964; (...)."

Esta Corte de Contas também já sedimentou seu entendimento, consubstanciado no PARECER/CONSULTA TC-017/2015 – PLENÁRIO, de que "**o empenho deve ser realizado previamente à realização da despesa**, uma vez que constitui uma vinculação de recursos orçamentários para o posterior pagamento". Ressalva-se que tal posicionamento é tido por prejulgamento de tese, de caráter normativo, conforme artigo 233, §4º do RITCEES.

Além das regras dispostas no arcabouço legislativo mencionado até então, a Constituição Federal, no art. 167, inciso II, proíbe a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais, além do que, os arts. 15 e 16, da Lei de Responsabilidade Fiscal, estabelecem que as despesas sem adequação orçamentária, ou seja, sem dotação suficiente, são nulas, irregulares e lesivas ao patrimônio público.

Por fim temos a destacar que o Governo do Estado do ES por meio do Decreto Estadual nº 3689-R, de 31 de outubro de 2014, estabeleceu normas relativas ao encerramento do exercício financeiro de 2014 e que a data limite fixada para os empenhos das despesas na forma do (art. 6º), se deu em 12/12/2014.

Diante de todo o exposto constata-se que restou configurada a irregularidade em relação aos programas de trabalho relacionados no item **3.4.1, perfazendo-se o valor total de R\$ 521.013,30 (quinhentos e vinte e um mil e treze reais e trinta centavos) em despesas efetuadas sem prévio empenho na Secretaria de Estado da Educação – Sedu.**

A área técnica opina ao final pela procedência parcial da irregularidade aventada na ITI 594/2019, em razão do reconhecimento da irregularidade apontada no item 3.4.1 da Instrução Técnica Conclusiva.

Instado a se manifestar, o Ministério Público de Contas, através do Parecer 78/2020, divergiu do entendimento exarado pela área técnica. Segundo o *parquet*, *embora, por força do Decreto nº 3.689-R, de 31 de outubro de 2014, tenha havido, na SEDU, “pagamentos sem prévio empenho”, esse mesmo Decreto retirou a autonomia sobre a execução orçamentária da SEDU, “ao anular os saldos de reservas de dotação orçamentárias e impedir o remanejamento orçamentário ao bloquear a emissão de Notas de Reservas, impossibilitando o reajuste orçamentário para empenho do real valor das despesas”, carecendo de culpabilidade o defendente.*

Feitas essas considerações passo a expor meu entendimento.

Vale ressaltar de início, que a etapa do planejamento consiste, em linhas gerais, na fixação da despesa orçamentária, na descentralização e/ou movimentação de créditos, na programação orçamentária e financeira e no processo de licitação e

contratação, tudo em conformidade com a legislação que estabelece normas sobre plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual e licitação e contratos.

De acordo com o art. 174, da Constituição Federal, o Estado deverá exercer a função do planejamento, utilizando-se, para tanto, dos três instrumentos indicados no art. 165, quais sejam: 1) PPA – Plano Plurianual; 2) LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias; e 3) LOA – Lei Orçamentária Anual.

A etapa da execução, por sua vez, de acordo com a Lei nº 4.320/1964, divide-se em três estágios da despesa: empenho, liquidação e pagamento.

Em questão, abordaremos apenas o primeiro estágio – empenho da despesa, por envolver a questão suscitada nos autos.

Empenho é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição. Ou seja, é a garantia de que existe o crédito necessário para a liquidação de um compromisso assumido. Cumpre reforçar que o empenho não paga a despesa, tão somente, reserva valores em benefício do fornecedor. Formaliza-se através do documento denominado “nota de empenho”.

Neste sentido, encontram-se os arts. 58 e 61, da Lei n.º 4.320/64:

“Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.” “Art. 61. Para cada empenho será extraído um documento denominado “nota de empenho” que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria.”.

Existe, porém, a possibilidade de convalidação da irregularidade decorrente da ausência de empenho prévio à realização da despesa.

Entendimento baseado na doutrina da Professora Weida Zancaner, na Obra “Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos”, 2ª edição, propõe-se o seguinte:

O art. 60 da Lei nº 4.320/64 veda a realização de despesa sem prévio empenho. Por isso, anteriormente à realização da despesa, deverá ser extraída nota de empenho,

documento que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa, bem como a dedução desta do saldo da dotação própria (art. 61, parágrafo único da Lei nº 4.320/64). Se a Administração assim não procedeu, estará configurada ilegalidade no caso. Porém, se esse ato, mesmo que praticado em desconformidade com o ordenamento jurídico, **não tiver causado prejuízo à perfeita execução orçamentária, será possível cogitar sua convalidação.**

Convalidação consiste na correção do ato através de outros meios, tais como o decurso do tempo e a ratificação. Através dela, restaura-se a legalidade e privilegia-se a segurança jurídica. Ainda que não haja disposição legal tratando expressamente do assunto, tem-se admitido a convalidação de certos atos inerentes ao procedimento licitatório com base nas construções doutrinárias existentes, sendo muito difundido o entendimento esposado por Weida Zancaner acerca da matéria.

Sendo assim, ausente o prejuízo na execução orçamentária, a emissão de despesa sem prévio empenho seria perfeitamente passível de convalidação mediante o empenho do valor posteriormente, principalmente se não for decorrente de práticas reiteradas e devidamente motivada.

Assim, a assunção de compromissos sem reserva orçamentária não poderia ter sido atribuída ao gestor, pois se encontrava limitado pelo Decreto nº 3.689-R, de 31 de outubro de 2014. Não se poderia exigir outra conduta do gestor, diante da determinação do Decreto nº 3.689-R, de 31 de outubro de 2014, quanto à aplicação dos recursos pois encontrava-se limitada ao disposto em normativo.

Ademais, a argumentação tecida me parece suficiente para atenuar a responsabilidade dos gestores, posto que não foi indicado pela área técnica nenhum prejuízo à execução orçamentária.

Assim voto para que sejam acolhidos os esclarecimentos prestados pelo responsável no que tange a despesa realizada sem preciso empenho, porém determinando à SEDU que se abstenha de realizar despesas sem prévio empenho por contrariar o disposto no art. 60 da Lei 4.320/64.

III. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Por todo o exposto e com base na competência outorgada pelo inciso V, do artigo 29, da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), divergindo do entendimento da área técnica e acompanhando o entendimento do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação:

Sergio Aboudib Ferreira Pinto
Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-832/2020:

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

1.1. ACOLHER as razões de justificativas apresentadas pelo senhor **KLINGER MARCOS BARBOSA ALVES** (Secretário de Estado da Educação);

1.2. JULGAR IMPROCEDENTE a REPRESENTAÇÃO, nos termos do artigo 95, I, da Lei Complementar 621/2012;

1.3. RECOMENDAR ao atual gestor da Secretaria de Estado da Educação que se abstenha de realizar despesas sem prévio empenho por contrariar o disposto no art. 60 da Lei 4.320/64;

1.4. DAR CIÊNCIA ao representante e ao MPC, na forma regimental, sobre o teor desta decisão; e

1.5. Após o trânsito em julgado, **ARQUIVAR** os autos.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 27/08/2020 - 21ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANÁSTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões