



Acórdão 01125/2020-1 - Plenário

Processo: 07590/2014-6

Classificação: Tomada de Contas Especial - Auditoria

UG: ALES - Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo

Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Interessado: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO

Responsável: JULIO CESAR BASSINI CHAMUN, MARGARETH CARRETA PIMENTEL, TANIA REGINA ARAUJO, DANIELA DE OLIVEIRA CALIXTE, MONICA PASSOS DE ABREU, PAULO MARCOS LEMOS, MARIA DE LOURDES ZAMPROGNO DARIO, FABIANO BUROCK FREICHO, ELISANGELA CAMPOS RODRIGUES, ALFREDO FERREIRA PEREIRA, SIMONE SUELO DE CASTRO REIS

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO – TOMADA DE CONTAS ESPECIAL CONVERTIDA DE AUDITORIA ORDINÁRIA – DESCONVERTER – ARQUIVAR APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

1 RELATÓRIO

Trata o presente processo de Auditoria Ordinária realizada na Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo (ALES), relativa ao exercício de 2013, sob a gestão de Theodorico de Assis Ferraço.

O **Relatório de Auditoria RA-O 68/2014** (fls. 02-562) da 9ª Secretaria de Controle Externo, apontou as seguintes irregularidades:

- 5.1 Pagamentos irregulares de auxílio-alimentação
- 5.2 Irregularidade no sistema de controle interno
- 5.3 Pagamentos irregulares de adicional de penosidade
- 5.4 Excesso de burocracia no trâmite processual

5.5 Descumprimento de prazos para decisões processuais

No entanto, divergindo da equipe técnica responsável pela elaboração do Relatório de Auditoria, o Coordenador da 9ª Secretaria de Controle Externo, apresentou a Instrução Técnica Inicial **ITI 1735/2015** (fls. 564-568) entendendo que, em relação às irregularidades contidas nos subitens 5.2, 5.4 e 5.5, deveriam ser geradas recomendações, nos seguintes termos:

Divergindo parcialmente da proposta de encaminhamento do Relatório de Fiscalização RA-O 68/2014, quanto aos achados identificados nos subitens 5.2 (sistema de controle interno), 5.4 (trâmite processual) e 5.5 (prazo para decisões processuais), esta Instrução Técnica Inicial propõe a expedição de recomendações, pelos motivos expostos a seguir:

- O Relatório de Fiscalização RA-O 68/2014 apontou, acertadamente, no subitem 5.2, fatos que evidenciam a restrição da autonomia da supervisora do Sistema de Controle Interno, e propõe a citação dos responsáveis. Entretanto, esta Corte tem adotado a diretriz de recomendar aos jurisdicionados a adoção de medidas para o aperfeiçoamento do Sistema de Controle Interno, conforme deliberações constantes, a título de exemplo, nos Acórdãos: AC 1200/2014 – Segunda Câmara; AC 704/2014 – Plenário; AC 983/2014 – Plenário; AC 664/2014 – Primeira Câmara. Destarte, na linha dos precedentes firmados por esta Corte, a presente Instrução Técnica Inicial propõe recomendação quanto ao subitem 5.2, conforme exposto no item 5 a seguir.
- Com relação aos achados identificados nos subitens 5.4 e 5.5, novamente o Relatório de Fiscalização RA-O 68/2014 foi preciso no apontamento da situação. Observa-se que os fatos relatados mencionam o excessivo trâmite burocrático no fluxograma de aquisições (subitem 5.4) e a pendência na análise de processos por longo tempo (subitem 5.5), o que evidencia práticas de gestão inadequadas. A Equipe não identificou qualquer ato que configurasse a hipótese de dano ao erário nessas situações. Entende-se, então, que tal prática é um ato discricionário do gestor, cabendo ao TCEES apenas indicar o que deve ser aperfeiçoado. A Norma de Auditoria TCU (NAT) nº 165 espelha bem essa condição:

165. As propostas de determinação e de recomendação devem ser formuladas focando “o quê” deve ser aperfeiçoado ou corrigido e não “o como”, dado à discricionariedade que cabe ao gestor e ao fato de que a equipe de auditoria não detém a única ou a melhor solução para o problema identificado. As recomendações geralmente sugerem o aperfeiçoamento necessário, mas não a forma de alcançá-lo, embora em determinadas circunstâncias, às vezes, se justifique uma recomendação específica como, por exemplo, alterar a legislação com o intuito de melhorar a administração. (Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União – Portaria-TCU nº 280, de 8 de dezembro de 2010, alterada pela Portaria-TCU nº 168, de 30 de junho de 2011).

Portanto, como forma de dar andamento aos fatos apresentados no Relatório de Fiscalização RA-O 68/2014, esta Instrução Técnica Inicial propõe recomendações quanto aos subitens 5.4 e 5.5, na forma apresentada no item 5 a seguir.

Em seguida, em consonância com os Termos da **ITI 1735/2014**, proferi o Voto 1288/2016-2 (fls. 572-581), com o seguinte Dispositivo:

3 DISPOSITIVO:

Desta forma, de acordo com os dispositivos abaixo indicados da Lei Complementar 621/2012 e no artigo 207 do Regimento Interno, **VOTO:**

3.1 por **indeferir a medida cautelar** pleiteada em face de ausência de um dos seus requisitos autorizadores consubstanciado no “*periculum in mora*”, conforme disposto no art. 124 da Lei Complementar nº 621/2012;

3.2 Pela **conversão do processo em Tomada de Contas Especial**, na forma do art. 57, IV da Lei Complementar 621/2012 e 207, VI do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em face de indícios de dano ao erário apontados nos itens 5.1 e 5.3 do RA-O 68/2014.

3.3 Pela **citação** dos responsáveis descritos no quadro abaixo, nos termos dos artigos 56, III, da Lei 621/2012 e 157, II, do Regimento Interno do TCEES, para que, no prazo estipulado, ou apresentem alegações de defesa e documentos que entenderem necessários, ou recolham as importâncias devidas em razão dos achados de auditoria apontados.

(Rol de responsáveis conforme a Tabela 1)

Entretanto, deixo de proceder a citação do senhor Glauber da Silva Coelho em razão do seu falecimento, devendo ser oficiado ao cartório de Registro Civil de Cachoeiro de Itapemirim para encaminhamento a esta Corte de Contas da Certidão de Óbito com a finalidade de instruir os presentes autos.

Sejam os responsáveis notificados de que poderão exercer suas defesas por todos os meios em direito admitidos, e, querendo, exercer o direito de sustentação oral, nos termos do disposto no art. 327 da Resolução nº 261/2013 – Regimento Interno, quando do julgamento dos presentes autos, cuja data será devidamente publicada no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em seu sítio eletrônico, instituído pelo artigo 181 da Lei Complementar nº 621, de 8 de março de 2012 e regulamentado pela Resolução TC nº 262, de 13 de agosto de 2013.

Registra-se, ainda, que não cabe recurso da decisão que CONVERTER o processo em tomada de contas especial, na forma do art. 153, inciso I, da Lei Complementar 621/2012.

Na forma do inciso I, do § 1º, do Artigo 64, da Lei Complementar 621/2012, a comunicação dos atos processuais ter-se-á como realizada quando confirmada por recibo assinado por pessoa encarregada de receber correspondência, ou, conforme o caso, por membro da família ou empregado do responsável ou do interessado.

Acompanha esta decisão cópia do Relatório de Fiscalização RA– O 68/2014 e a ITI 1735/2014 da 9ª Secretaria de Controle Externo.

Após, remetam os presentes autos à Área Técnica desta Corte para instrução regulamentar, alertando para a necessidade de que os presentes autos sejam apensados ao Processo de Prestação de Contas Anual (TC 3085/2014) no momento oportuno, conforme art. 82, § 1º da Lei Complementar nº 621/2012.

Desta forma, houve citação e os responsáveis apresentaram as suas justificativas.

Às fls. 652 a 1.401 foram apresentadas as justificativas dos servidores Fabiano Burock Freicho, Maria de Lourdes Zamprogno Dario, Mônica Passos de Abreu, Tânia Regina Araújo, Margareth Carreta Pimentel, Elisangela Campos Rodrigues, Daniela de Oliveira Calixte e Simone Suelo de Castro Reis.

Às fls. 1.406 a 2.139 foi apresentada a defesa do senhor Theodorico de Assis Ferraço e às fls. 2.140 a 2.166 foi apresentada a defesa do senhor Roberto Carlos Teles Braga.

A defesa da senhora Solange Siqueira Lube consta às fls. 2.167 a 2.193 e a do senhor Alfredo Ferreira Pereira às fls. 2.194 a 2.202.

Em seguida, o Núcleo de Controle Externo de Normatização da Fiscalização (NNF), apresentou a **Instrução Técnica Conclusiva 4882/2018** (fls. 2211 a 2256), com a seguinte proposta de encaminhamento:

3. CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

3.1. Após a análise dos fatos e das justificativas constantes dos presentes autos, relativos à Auditoria Ordinária, exercício de 2014, realizada na **Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo**, entendeu-se pela permanência da seguinte irregularidade:

3.1.1. PAGAMENTOS IRREGULARES DE ADICIONAL DE PENOSIDADE

→ Infringência: princípio da legalidade, esculpido no *caput* do art. 37 da CF e no *caput* do art. 32 da Constituição Estadual; arts. 2º e 7º do Ato 1.442, de 29 de outubro de 2010, da Mesa Diretora.

Responsáveis:

Mônica Passos de Abreu (Coordenadora do Setor de Folha de Pagamentos);

Alfredo Ferreira Pereira (Diretor de Recursos Humanos no período de 16/02/2009 a 09/02/2011);

Fabiano Burock Freicho (Diretor de Recursos Humanos a partir de 09/02/2011).

3.2. Posto isso, e diante do preceituado no art. 319, § 1º, inciso IV¹, da Res. TC 261/2013, conclui-se **opinando** por:

3.2.1. Acolher as razões de justificativa dos Srs. **Theodorico de Assis Ferraço, Roberto Carlos Teles Braga, Glauber da Silva Coelho, Solange Siqueira Lube, Maria de Lourdes Zamprognio Dario, Tânia Regina Araújo Margareth Carreta Pimentel, Elisangela Campos Rodrigues, Daniela de Oliveira Calixte e Simone Suelo de Castro Reis;**

3.2.2. Rejeitar as razões de justificativa e **julgar irregulares** as contas do Sr. **Fabiano Burock Freicho**, com base no art. 84, III, alíneas “c”, “d” e “e”, da LC 621/2012, em razão do cometimento de infração que causou injustificado prejuízo ao erário, presentificada no **item 2.2** desta ITC, impondo-se, **solidariamente**, com base no art. 87, I, da LC 621/2012, a **responsabilidade pelo ressarcimento** no valor correspondente à **14.232,06 VRTE;**

Responsável	Valor Devolução	Responsáveis Solidários
Fabiano Burock Freicho	14.232,06 VRTE	- Alfredo Ferreira Pereira (até o limite de 974,22 VRTE) - Mônica Passos de Abreu

¹ Art. 319. Na fase final da instrução dos processos, constitui formalidade essencial, além do exame da unidade competente, a elaboração da instrução técnica conclusiva.

§ 1º A instrução técnica conclusiva conterà, necessariamente:

IV - a conclusão, com a proposta de encaminhamento.

3.2.3. Rejeitar as razões de justificativa e **julgar irregulares** as contas do Sr. **Alfredo Ferreira Pereira**, com base no art. 84, III, alíneas “c”, “d” e “e”, da LC 621/2012, em razão do cometimento de infração que causou injustificado prejuízo ao erário, presentificada no **item 2.2** desta ITC, impondo-se, **solidariamente**, com base no art. 87, I, da LC 621/2012, a **responsabilidade pelo ressarcimento** no valor correspondente à **974,22 VRTE**;

Responsável	Valor Devolução	Responsáveis Solidários
Alfredo Ferreira Pereira	974,22 VRTE	- Fabiano Burock Freicho - Mônica Passos de Abreu

3.2.4. Rejeitar as razões de justificativa e **julgar irregulares** as contas da Sra. **Mônica Passos de Abreu**, com base no art. 84, III, alíneas “c”, “d” e “e”, da LC 621/2012, em razão do cometimento de infração que causou injustificado prejuízo ao erário, presentificada no **item 2.2** desta ITC, impondo-se, **solidariamente**, com base no art. 87, I, da LC 621/2012, a **responsabilidade pelo ressarcimento** no valor correspondente à **15.206,28 VRTE**;

Responsável	Valor Devolução	Responsáveis Solidários
Mônica Passos de Abreu	15.206,28 VRTE	- Alfredo Ferreira Pereira (até o limite de 974,22 VRTE) - Fabiano Burock Freicho (até o limite de 14.232,06 VRTE)

3.2.5. Determinar a imediata **suspensão dos pagamentos** de gratificação de penosidade à servidora **Eulália Maria Franck**.

Os autos foram remetidos ao Ministério Público de Contas, que apresentou a **Manifestação Ministério Público 413/2019** (fls. 2260 a 2261), da lavra do Procurador Luciano Vieira, requerendo a juntada da mídia digital CD 2 – Arquivo 2 do Apêndice 3.

Após a juntada (fls. 2264 a 2265), os autos foram novamente encaminhados ao Ministério Público de Contas, que exarou o **Parecer 6358/2019** (fls. 2267 a 2280), da lavra do Procurador Luciano Vieira, com a seguinte conclusão:

III – CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, pugna o **Ministério Público de Contas**:

1 – sejam rejeitadas, *in totum*, as preliminares aventadas pelos responsáveis;

2 – seja a tomada de contas em exame julgada **IRREGULAR**, com fulcro no art. 84, inciso III, alíneas “c”, “d” e “e”, da LC n. 621/2012, para:

2.1 – condenar **Mônica Passos de Abreu, Coordenadora do Setor de Folha de Pagamentos**, em solidariedade com Alfredo Ferreira Pereira e Fabiano Burock Freicho, a ressarcir ao erário municipal a importância equivalente a **15.206,28 VRTE**, **aplicando-lhe multa proporcional ao dano**, em decorrência do prejuízo descrito no **item 2.2 da ITC 4882/2018-1**;

2.2 – condenar **Alfredo Ferreira Pereira, Diretor de Recursos Humanos no período de 16/02/2009 a 09/02/2011**, em solidariedade com Fabiano Burock Freicho e Mônica Passos de Abreu, a ressarcir ao erário municipal a importância equivalente a **15.206,28 VRTE**, até o limite de **974,22 VRTE**, aplicando-lhe multa proporcional ao dano, em decorrência do prejuízo descrito no **item 2.2 da ITC 4882/2018-1**; e

2.3 – condenar **Fabiano Burock Freicho, Diretor de Recursos Humanos a partir de 09/02/2011**, em solidariedade, com Alfredo Ferreira Pereira e Mônica Passos de Abreu, a ressarcir ao erário municipal a importância equivalente a **15.206,28 VRTE**, até o limite de **14.232,06 VRTE**, aplicando-lhe multa proporcional ao dano, em decorrência do prejuízo descrito no **item 2.2 da ITC 4882/2018-1**;

2.4 – cominar, individualmente, multa pecuniária a **Mônica Passos de Abreu, Alfredo Ferreira Pereira e Fabiano Burock Freicho**, com espeque no art. 87, inciso IV c/c 135, inciso III, da LC n. 621/2012 e art. 389, inciso III, do RITCEES;

3 – na forma do art. 1º, inciso XXX, da LC n. 621/2012 e art. 207, § 1º, do RITCEES, seja determinada à Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo a instauração de Tomada de Contas Especial com a finalidade de apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano em decorrência da infração apontada na **ITC 4882/2018-1, item 2.1 – Pagamentos irregulares de auxílio-alimentação**, bem como no **item 2.2**, relativo ao **Pagamento irregular de adicional de penosidade**, abrangendo o período 08/2014 a 03/2017;

4 – nos termos do art. 207, incisos V, do RITCEES sejam expedidas as recomendações sugeridas pela unidade técnica nos itens 3 e 5 da **ITI 1735/2014**; e

5 – com fulcro no art. 207, inciso III, do RITCEES, seja arquivado o processo em relação a **Theodorico de Assis Ferraço, Roberto Carlos Teles Braga, Solange Siqueira Lube, Maria de Lourdes Zamprogno Dario, Tania Regina Araújo, Margareth Carreta Pimentel, Elisângela Campos Rodrigues, Daniela de Oliveira Calixte e Simone Suelo de Castro Reis**.

Vieram os autos para elaboração de voto.

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

Analisando os autos, verifico que o feito se encontra devidamente instruído, portanto, apto a um julgamento, eis que observados todos os trâmites legais e regimentais.

No mérito, **ratifico em parte** o posicionamento da área técnica apontado na **Instrução Técnica Conclusiva 4882/2018 e também em parte o Parecer do Ministério Público de Contas Parecer 6358/2019**, conforme passo a expor.

2.1 Pagamentos irregulares de auxílio-alimentação

A irregularidade foi descrita no Relatório de Auditoria Ordinária 68/2014, nos seguintes termos:

“(…) **Base legal:** princípios da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade e da Eficiência, esculpido no caput do Artigo 37 da CF/88 e no caput do Artigo 32 da CE/89; bem como princípios da Razoabilidade, da Finalidade e do Interesse Público exarados também no caput do Art. 32 da CE/89.

Responsáveis:

Identificação – Membros da Mesa Diretora (Theodorico de Assis Ferraço – Presidente; Roberto Carlos Teles Braga – 1.º Secretário, de 1.º/1 a 31/1/2013, e 2.º Secretário, a partir de 1.º/2/2013; Solange Siqueira Lube – 1.ª Secretária, a partir de 1.º/2/2013; Glauber da Silva Coelho – 2.º Secretário, de 1.º/1/2013 a 31/1/2013).

Conduta – Omitirem-se quanto ao cumprimento das determinações do Inciso XXVIII do Art. 17 do Regimento Interno da Ales, que a eles atribui a coordenação, o controle e a avaliação do desempenho das atividades do Legislativo.

Nexo – O não cumprimento dos ditames do Inciso XXVIII do Art. 17 contribuiu para gerar danos ao erário.

Identificação – Fabiano Burock Freicho (Diretor de Recursos Humanos).

Conduta – Omitir-se quanto à ausência de controle na concessão do auxílio-alimentação aos servidores da Ales.

Nexo – A omissão quanto à ausência de controle contribuiu para pagamentos irregulares feitos a alguns servidores, resultando em danos ao erário.

Identificação – Maria de Lourdes Zamprogno Dario (Coordenadora do Grupo de Recursos Humanos).

Conduta – Omitir-se quanto à coordenação do cadastramento dos valores a serem pagos a título de auxílio-alimentação aos servidores da Ales.

Nexo – A omissão quanto à coordenação do cadastramento contribuiu para pagamentos irregulares feitos a alguns servidores, resultando em danos ao erário.

Identificação – Mônica Passos de Abreu (Coordenadora do Setor de Folha de Pagamento).

Conduta – Omitir-se quanto à coordenação do pagamento em folha dos valores concedidos a título de auxílio-alimentação aos servidores da Ales.

Nexo – A omissão quanto à coordenação do pagamento em folha contribuiu para concessões irregulares feitas a alguns servidores, resultando em danos ao erário.

Identificação – Tânia Regina Araújo, Margareth Carreta Pimentel e Elisangela Campos Rodrigues (servidoras do Grupo de Recursos Humanos).

Conduta – Cadastrarem indevidamente no Sistema E&L a opção de cada servidor pela modalidade de recebimento do auxílio-alimentação.

Nexo – O cadastramento indevido contribuiu para pagamentos irregulares, feitos tanto em folha quanto em cartão magnético, gerando prejuízo ao erário.

Identificação – Daniela de Oliveira Calixte e Simone Suelo de Castro Reis (servidoras do Setor de Folha de Pagamento).

Conduta – Não conferirem os valores concedidos como auxílio-alimentação aos servidores que optaram pelo recebimento do benefício via folha de pagamento.

Nexo – A conferência indevida caracterizou omissão quanto à tarefa que lhes foi atribuída, contribuindo para a ocorrência de pagamentos irregulares, que geraram danos ao erário.

Identificação – Tania Regina Araújo (Fiscal do Contrato 12/2012).

Conduta – Não conferir os valores concedidos como auxílio-alimentação aos servidores que optaram pelo recebimento do benefício via cartão magnético.

Nexo – A ausência de conferência contribuiu para pagamentos irregulares efetuados via cartão magnético, gerando danos ao erário.

A concessão do auxílio-alimentação ao corpo funcional da Ales é feito ou por meio de cartão magnético, administrado pela empresa Empório Card Ltda., ou diretamente na folha de pagamento, conforme relatório fornecido à Equipe (**Anexo 5**). A escolha por uma ou outra modalidade é formalizada pelo servidor, no ato de sua admissão, mediante o preenchimento do Termo de Opção, anexado ao relatório em questão (**Anexo 5**).

Se o servidor escolher a concessão do benefício pela modalidade cartão magnético, pode optar por receber ou 100% do recurso num cartão-alimentação, ou 70% num cartão-alimentação e 30% num cartão-refeição, ou 100% num cartão-refeição. A ele é ainda dada a alternativa de receber o benefício em espécie, via folha de pagamento.

O servidor cedido por outros órgãos tem ainda a opção de receber ou o auxílio-alimentação pago pela Ales, ou o fornecido pelo cedente.

A partir do Termo de Opção, a Coordenação do Grupo de Recursos Humanos – sob a responsabilidade de Maria de Lourdes Zamprogno Dario – cadastra a escolha do servidor no Sistema E&L. Já o Setor de Folha de Pagamento – sob a responsabilidade de Mônica Passos de Abreu – responde pela conferência do cadastro e pela inserção do nome do servidor e do valor do benefício na folha de pagamento.

Segundo o relatório fornecido à Equipe (**Anexo 6**), o cadastramento compete às servidoras Margareth Carreta Pimentel, Elisangela Campos Rodrigues e Tânia Regina Araújo. Com base nos dados cadastrados, é feito o lançamento do valor do auxílio-

alimentação na folha de pagamento, por intermédio das servidoras Daniela de Oliveira Calixte e Simone Suelo de Castro Reis.

De acordo com o Subitem 2.2 da Cláusula Segunda do Contrato 12, firmado pelo Legislativo estadual com a empresa Empório Card Ltda. em 9/6/2012 (**Anexo 7**), cabe à Ales informar, mensalmente, à contratada os nomes e os valores dos servidores que devem receber o auxílio-alimentação via cartão magnético.

Assim, a atribuição de informar esses dados à Empório Card Ltda. é da gestora do Contrato 12/2012, Tania Regina Araújo (**Anexo 8**), ocupante do cargo efetivo de Técnico Legislativo Sênior, lotada na Coordenação do Grupo de Recursos Humanos.

Em face do montante despendido pela Ales com o auxílio-alimentação em 2013 e dos mecanismos manuais de controle referentes ao fornecimento desse benefício, elegeu-se como amostra a averiguação dos pagamentos efetuados mensalmente a todos os servidores daquela Casa de Leis. Para tanto, foram solicitadas duas relações: uma contendo os nomes daqueles que optaram pelo recebimento em folha (**Arquivo 1 do Anexo 9 – no CD 1**) e outra contendo os daqueles que preferiram o recebimento via cartão magnético, a fim de contrapô-las (**Arquivo 2 do Anexo 9 – no CD 1**).

Além da contraposição de ambas as relações (**Arquivo 1 do Apêndice 3 – no CD 2**), foram levantadas informações sobre as datas de admissão e de exoneração (quando foi o caso) de cada um dos servidores, por meio de uma terceira listagem fornecida à Equipe pela Ales (**Arquivo 3 do Anexo 9 – no CD 1**).

Para fazer a contraposição, foram elaboradas planilhas mensais em formato Excel (**Arquivo 1 do Apêndice 3 – no CD 2**), agrupando os nomes dos servidores que receberam o auxílio-alimentação pela folha com os que o perceberam via cartão, para averiguar a ocorrência de pagamentos em duplicidade ou fora dos parâmetros definidos pelas resoluções 3.364, de 26 de fevereiro de 2013; 2.464, de 11 de dezembro de 2007; e 1.805, de 23 de outubro de 1995 (**Anexo 10**), que normatizam o fornecimento desse benefício.

Os nomes de servidores cujo recebimento do auxílio-alimentação demonstrava algum indício de irregularidade foram destacados em amarelo nas planilhas elaboradas pela Equipe (**Arquivo 1 do Apêndice 3 – CD 2**). Já nas planilhas Auxílio Alimentação Folha e Auxílio Alimentação Cartão (**arquivos 1 e 2 do Anexo 9 – CD 1**), fornecidas pela Ales, os nomes de servidores que apareciam em duplicidade foram destacados de amarelo e os que apresentavam recebimentos a maior foram realçados com outras cores.

A contraposição do fornecimento mensal do auxílio-alimentação às datas de admissão dos servidores teve como intuito observar se os pagamentos feitos a maior se referiam ou não a remanescentes relativos a dias trabalhados antes do início do recebimento do benefício.

Destaca-se que, em janeiro e fevereiro de 2013, o valor do auxílio-alimentação era de R\$ 694,16 e que, em março, foi reajustado para R\$ 800,00.

Ressalta-se ainda que, até fevereiro, o pagamento do auxílio-alimentação do mês subsequente era feito adiantadamente. Por exemplo: em fevereiro, o servidor recebeu o benefício referente a março. Se ele foi admitido na Ales em 15 de janeiro, ele recebeu, em fevereiro, 15 dias trabalhados de janeiro, 30 de fevereiro e mais 30 referentes a março. Independentemente do número de dias que tenha um mês, a Ales considera o mês com 30 dias, para efeito de pagamento de auxílio-alimentação.

A partir de 1.º de março, pela Resolução 3.364/2013, que reajustou o valor do benefício para R\$ 800,00, ficou vetado o pagamento antecipado do auxílio-alimentação. A determinação foi acatada pela Diretoria de Recursos Humanos somente para os servidores admitidos a partir de então, continuando os demais a receber antecipadamente o benefício, devendo proceder à sua devolução em caso de exoneração.

Assim, ao contrapor os dados dos pagamentos em folha aos dos pagamentos em cartão, constatou-se pagamentos a maior, sem justificativa, conforme demonstra a planilha elaborada pela Equipe e denominada Comparativo Folha X Cartão - Final (**Arquivo 2 do Apêndice 3 – CD 2**), no total de **23.261,65 valores de Referência do Tesouro Estadual (VRTEs)**, passíveis de devolução.

No dia 9 de setembro de 2014, ou seja, um dia antes do término da fase de execução da fiscalização, a coordenadora do Grupo de Recursos Humanos, Maria de Lourdes Zamprogno Dario, e a coordenadora do Setor de Folha de Pagamento, Mônica Passos de Abreu, responderam, por meio do Ofício Conjunto CGRH – CSFP 1 (**Anexo 11 – Ofício 1**), a questionamentos feitos pela Equipe sobre os pagamentos indevidos.

Explicaram que uma das duas planilhas que compuseram as relações solicitadas, qual seja, a planilha referente ao auxílio-alimentação pago na forma de cartão magnético, continha informações equivocadas quanto aos meses de referência e que, por essa razão, a Equipe detectou irregularidades.

Entretanto, apesar dessas explicações, não foram encontradas justificativas para os pagamentos realizados aos servidores relacionados na planilha Comparativo Folha X Cartão – Final, elaborada no formato Excel para possibilitar a conferência da base de cálculo (**Arquivo 2 do Apêndice 3 – CD 2**).

Não foi encontrado motivo, por exemplo, para um mesmo servidor receber, simultaneamente, o auxílio-alimentação tanto via cartão magnético quanto via folha de pagamento, uma vez que, ao preencher o Termo de Opção, ele teve de escolher uma dessas duas formas para que lhe fosse fornecido o benefício.

O servidor Arlindo Anchieta de Oliveira, por exemplo, admitido em 7/7/2011 e exonerado em 1.º/4/2014, recebeu, em janeiro, o auxílio-alimentação em duplicidade – parte em

folha de pagamento e parte em cartão magnético – tendo sido indevido, portanto, o pagamento de R\$ 694,16. O mesmo ocorreu com o servidor Brunno Luiz Teixeira Costa, também no mês de janeiro.

Estes e os demais exemplos denotam fragilidade no controle de concessão do auxílio-alimentação ao pessoal da Ales e, ainda, dano ao erário. Se existe, para cada servidor, um termo de opção, por intermédio do qual ele opta como pretende receber o benefício, não há justificativa plausível para o pagamento ocorrer de outras formas.

Os pagamentos indevidos feriram os princípios constitucionais da Legalidade – uma vez que ocorreram sem amparo legal –, da Moralidade e da Impessoalidade – tendo em vista que privilegiaram alguns em detrimento de outros. Também foram de encontro aos princípios da Finalidade, do Interesse Público e da Razoabilidade. Acima de tudo, esses pagamentos caracterizaram ausência de economicidade e desrespeito ao Princípio da Eficiência, no qual todos os gestores públicos devem pautar seus atos.

Assim, em face do exposto, cabe citação dos responsáveis para os esclarecimentos necessários sobre os **23.261,65 VRTEs** despendidos injustificadamente na concessão do auxílio-alimentação pela Ales, montante este indicado na Planilha Comparativo Folha X Cartão - Final (**Arquivo 2 do Apêndice 3 – CD 2**) e passível de ressarcimento.

Ressalta-se que, desses **23.261,65 VRTEs**, Solange Siqueira Lube responde solidariamente com os demais por 19.721,76 VRTEs, pelo fato de ter passado a ocupar o cargo de 1.ª Secretária somente a partir de 1.º/2/2013, e Glauber da Silva Coelho, por 3.539,89 VRTEs, por ter ocupado o cargo de 2.º Secretário no período de 1.º/1/2013 a 31/1/2013. (...)"

Conforme disposto na Instrução Técnica Conclusiva 4882/2018, os responsáveis apresentaram as seguintes justificativas:

“(...) JUSTIFICATIVAS APRESENTADAS PELOS SERVIDORES FABIANO BUROCK FREICHO, MARIA DE LOURDES ZAMPROGNO DARIO, MÔNICA PASSOS DE ABREU, TÂNIA REGINA ARAÚJO, MARGARETH CARRETA PIMENTEL, ELISANGELA CAMPOS RODRIGUES, DANIELA DE OLIVEIRA CALIXTE e SIMONE SUELO DE CASTRO REIS

Preliminarmente ao ingresso no mérito deste item, alegam os defendentes falta de interesse de agir desta corte em prosseguir com o julgamento do presente processo, em razão de terem comprovado a inexistência de pagamento em duplicidade e de qualquer irregularidade antes do fim da auditoria ordinária.

Como segunda preliminar alegam cerceamento do contraditório e da ampla defesa em razão de o Relatório de Auditoria RA-O nº 68/2014 não trazer a indicação dos nomes dos servidores e respectivos valores de auxílio-alimentação supostamente pagos irregularmente pela assembleia.

No mérito alegam que inicialmente a Equipe de Auditoria solicitou à Assembleia Legislativa duas relações: dos servidores que recebiam o auxílio-alimentação por meio

de cartão magnético e 2) dos servidores que recebiam o auxílio-alimentação via folha de pagamento.

Ocorre que, no início, a planilha sobre auxílio-alimentação pago na forma de cartão magnético foi encaminhada pela coordenação do Grupo de Recursos Humanos com informação equivocada quanto ao mês de referência.

Dessa forma, restou prejudicada a análise comparativa, pela Equipe de Auditoria, entre as duas planilhas encaminhadas pela Assembleia (cartão x folha), tendo em vista o equívoco de referência acima identificado que somente ocorreu na planilha relativa ao auxílio-alimentação pago na forma de cartão magnético.

Tal equívoco ocorreu em razão da gestora do contrato relativo ao auxílio alimentação se encontrar de férias no momento em que a Equipe de auditoria solicitou a aludida relação.

Alegam que em razão de tal equívoco foi confeccionado o OFÍCIO CONJUNTO CGRH-CSFP n. 01, de 09/09/2014 esclarecendo o supramencionado equívoco. E ainda que com a realização de uma nova comparação das planilhas – quanto ao mês de referência, na planilha referente aos servidores que recebiam auxílio alimentação via cartão-magnético – observa-se claramente a regularidade dos pagamentos realizados.

Traz uma série de exemplificações, dentre elas das servidoras Adriana Dutra Barboza, Rosângela Fae Selim, Lais da Silva Pavese, Maria Rosa Aquino de Sá, Romar Azevedo dentre outros.

Pelos fatos e fundamentos que expuseram pedem o arquivamento dos autos por falta de pressupostos de desenvolvimento regular do processo ou que seja declarada a inexistência de danos ao erário, ante a regularidade dos pagamentos de auxílio-alimentação aos servidores da Assembleia.(...)”

“(...) JUSTIFICATIVA APRESENTADA PELO SR. THEODORICO DE ASSIS FERRAÇO

Preliminarmente ao mérito esclarece o defendente que vige no âmbito da ALES por força da legislação que normatiza as atribuições e responsabilidades administrativas um sistema legal de descontração administrativa.

Alega que consoante se verifica na legislação interna as atividades sobre as quais recaíram as supostas inconsistências e falhas administrativas são objeto de delegação.

Com efeito, não se afigura razoável imputar em um universo de aproximadamente 1500 servidores a responsabilidade do requerido por eventual pagamento do benefício auxílio-alimentação de um determinado número de servidores, os quais, nem mesmo a auditoria do TCE-ES soube precisar.

Alega também a nulidade do procedimento em epígrafe por ausência do interesse de agir, na medida em que antes mesmo da conclusão da auditoria comprovaram com a documentação acostada nos autos a inexistência de pagamento de duplicidade.

Argui também o defendente que houve cerceamento do contraditória e da ampla defesa em razão de que na Decisão TC nº 4142/2015, nem no Voto do Relator, nem no Relatório de Auditoria RA-O nº 68/2014 a identificação dos nomes dos servidores e respectivos valores de auxílio-alimentação supostamente pagos pela ALES.

No mérito demonstra, pontuando servidor por servidor, que não havia irregularidade na antecipação do auxílio- alimentação que era pago na forma da legislação então vigente. (...)”

“(...) JUSTIFICATIVA APRESENTADA PELO SR. ROBERTO CARLOS TELES BRAGA

Preliminarmente ao mérito esclarece o defendente que vige no âmbito da ALES por força da legislação que normatiza as atribuições e responsabilidades administrativas um sistema legal de descontração administrativa.

Com efeito, não se afigura razoável imputar em um universo de aproximadamente 1500 servidores a responsabilidade do requerido por eventual pagamento do benefício auxílio-alimentação de um determinado número de servidores, os quais, nem mesmo a auditoria do TCE-ES soube precisar.

Este requerimento, segundo sua defesa, se harmoniza integralmente com a regra insculpida no art. 149, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal, que expressamente preconiza a exclusão de responsabilidade da autoridade delegante nos atos em que definitivamente, pela sua própria natureza e distanciamento administrativo da mais alta autoridade no escalão da gestão não contaram e, não contam com a sua participação.

Alega também a nulidade do procedimento em epígrafe por ausência do interesse de agir, na medida em que antes mesmo da conclusão da auditoria comprovaram com a documentação acostada nos autos a inexistência de pagamento de duplicidade.

Argui também o defendente que houve cerceamento do contraditório e da ampla defesa em razão de que na Decisão TC nº 4142/2015, nem no Voto do Relator, nem no Relatório de Auditoria RA-O nº 68/2014 a identificação dos nomes dos servidores e respectivos valores de auxílio-alimentação supostamente pagos pela ALES.

No mérito demonstra, pontuando servidor por servidor, que não havia irregularidade na antecipação do auxílio- alimentação que era pago na forma da legislação então vigente. (...)

“(...) JUSTIFICATIVA APRESENTADA PELA SRA. SOLANGE SIQUEIRA LUBE

A defendente é gestora pública na ALES e juntamente com seus auxiliares diretos foi citada no presente processo de Tomada de Contas Especial em razão de supostamente ter participado de alguma forma de pagamento irregular de auxílio-alimentação.

Quanto aos argumentos preliminares e meritórios traz exatamente as mesmas justificativas apresentadas pelos defendente Sr. Theodorico de Assis Ferraço e Roberto Carlos Teles Braga

Diante disso desnecessário se faz a transcrição das mesmas justificativas acima apresentadas. (...)”

“(...) JUSTIFICATIVA APRESENTADA PELO SR. ALFREDO FERREIRA PEREIRA

O defendente foi gestor público na ALES, tendo exercido a função de Diretor de Recursos Humanos até o dia 09/02/2011. Todavia, apesar de se tratar no presente processo de Fiscalização Ordinária relativa ao exercício de 2013, foi citado neste processo de Tomada de Contas Especial em razão de supostamente ter participado de alguma forma do pagamento irregular de adicional de penosidade. Vejamos:

Preliminarmente alega nulidade do procedimento de tomada de contas especial por falta de interesse de agir, tendo em vista que o defendente antes mesmo da conclusão da auditoria comprovou a inexistência de pagamento em duplicidade e de qualquer irregularidade e que a determinação para a abertura do presente era somente no sentido se não houvessem provas que elidisse os fatos.

Demonstrado, portanto a omissão da auditoria em analisar documentos apresentados pelo defendente, antes mesmo do fim da auditoria ordinária, necessário se faz reconhecer a falta de interesse de agir desta Corte em prosseguir com o julgamento do presente devendo o mesmo ser extinto sem o julgamento do mérito. (...)”

Análise

2.1.1 Das preliminares

2.1.1.1 Da nulidade do procedimento de Tomada de Contas Especial por falta de interesse de agir

Os defendentes alegam ausência de interesse de interesse de agir desta Corte em razão da comprovação da ausência de pagamento em duplicidade do auxílio-alimentação.

A área técnica acolhe a preliminar, invocando, entretanto, a primazia da decisão de mérito.

O Ministério Público, entretanto, aponta que a planilha apresentada pelos defendentes foi examinada, não sendo suficiente para afastar a irregularidade.

No que concerne à presente preliminar, **acolho o posicionamento do Ministério Público de Contas**, discordando, portanto, do opinamento técnico, nos seguintes termos:

- Instrução Técnica Conclusiva 4882/2018

“(…) Acerca desta preliminar, somos pela procedência das alegações despendidas pelos defendentes. Entretanto, ***ad argumentandum tantum***, invocamos aqui o **princípio da primazia da decisão de mérito, com base no art. 4º do novo Código de Processo Civil, *in verbis***:

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Nesse sentido, o novo CPC concentra a defesa numa só peça, cria institutos como o incidente de resolução de demandas repetitivas, aprimora as figuras já existentes do julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivos, imprimindo **maior eficiência ao Judiciário e reforçando a celeridade no julgamento dos processos, fato esse que não só pode como deve ser usado nos processos de controle externo no âmbito dos Tribunais de Contas.**

Na mesma trilha diz o art. 6º:

“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

De acordo com esse princípio, deve o órgão julgador priorizar a decisão de mérito, tê-la como objetivo e fazer o possível para que ela ocorra. Dessa forma, como a preliminar arguida se confunde muito com o mérito da irregularidade, deixaremos de enfrentá-la nesse momento, para priorização do exame do mérito, o que será feito no item III abaixo. (...)"

- Parecer do Ministério Público de Contas 6358/2019

"(...) Os defendentes suscitam, em preliminar, a nulidade do procedimento de Tomadas de Contas Especial por falta de interesse de agir, decorrente da falta de análise das planilhas apresentadas por meio do Ofício Conjunto CGRH – CSFP 1, as quais responderiam os questionamentos feitos pela equipe de auditoria, evitando assim a instauração de maneira injustificada desta Tomada de Contas Especial.

Denota-se da Instrução Técnica Conclusiva – ITC 4882/2018-1, que a unidade técnica, apesar de anuir às alegações apresentadas pelos responsáveis, orientou pela apreciação da preliminar quando da análise do mérito, fundamentada pelo princípio da primazia da decisão de mérito, em consonância com os arts. 4º e 6º, Código de Processo Civil.

No entanto, no caso vertente, não se verifica a nulidade da Tomada de Contas Especial por falta de interesse agir, haja vista que a equipe de auditoria examinou a planilha apresentada pelos defendentes, considerando não ser ela suficiente para elidir a irregularidade pontuada, o que não significa a sua não apreciação alegada pelos responsáveis, conforme trecho do RA-O 0068/2014:

[...]

No dia 9 de setembro de 2014, ou seja, um dia antes do término da fase de execução da fiscalização, a coordenadora do Grupo de Recursos Humanos, Maria de Lourdes Zamprogno Dario, e a coordenadora do Setor de Folha de Pagamento, Mônica Passos de Abreu, responderam, por meio do Ofício Conjunto CGRH – CSFP 1 (Anexo 11 – Ofício 1), a questionamentos feitos pela Equipe sobre os pagamentos indevidos.

Explicaram que uma das duas planilhas que compuseram as relações solicitadas, qual seja, a planilha referente ao auxílio-alimentação pago na forma de cartão magnético, continha informações equivocadas quanto aos meses de referência e que, por essa razão, a Equipe detectou irregularidades.

Entretanto, **apesar dessas explicações, não foram encontradas justificativas para os pagamentos realizados aos servidores relacionados na planilha Comparativo Folha X Cartão – Final, elaborada no formato Excel para possibilitar a conferência da base de cálculo (Arquivo 2 do Apêndice 3 – CD 2).** (negritei)

[...]

Pela rejeição da preliminar. (...)"

2.1.1.2 Do cerceamento do contraditório e da ampla defesa

Os defendentes alegam cerceamento do contraditório e da ampla defesa em razão de o Relatório de Auditoria RA-O 68/2014 não trazer a indicação dos nomes dos servidores e respectivos valores de auxílio-alimentação supostamente pagos irregularmente pela Assembleia.

A área técnica acolhe a preliminar.

O Ministério Público, entretanto, aponta que a planilha 2, constante da mídia digital CD 2 – Arquivo 2 do Apêndice 3, pontuou nomes de servidores, mês de referência, valores recebidos e as respectivas quantias percebidas por eles de modo irregular.

Desta forma, no que concerne à presente preliminar, **acolho o posicionamento do Ministério Público de Contas**, discordando, portanto, do opinamento técnico, nos seguintes termos:

- Instrução Técnica Conclusiva 4882/2018

“(…) Merece prosperar as razões de justificativa apresentadas pelos defendentes no que diz respeito a este item.

De fato, o Relatório de Auditoria RA-O 68/2014 não traz a indicação dos nomes dos servidores e respectivos valores de auxílio-alimentação supostamente pagos de forma irregular pela ALES. Nesse passo, entendemos que há, de fato, ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Aplicação que se faz aqui é a da **Súmula Vinculante 03** do Supremo Tribunal Federal (STF), pela qual:

“Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”.

Ora, se nem o Relatório de Auditoria RA-O 68/2014, nem a Instrução Técnica Inicial ITI 01735/2015 pontuam nominalmente quais seriam os servidores que, em tese, teriam recebido os benefícios de auxílio-alimentação indevidos, e nem mesmo qual foi o valor indevido que cada um deles recebeu, como podem os defendentes, no presente caso, exercerem plenamente o direito de defesa?

Fica patente, nesse caso, que houve um erro na instrução do Relatório, que foi omissivo nesse sentido e impossibilitou, efetivamente, o exercício da ampla defesa e do contraditório consagrados em nossa Magna Carta.

Nesses casos, o próprio STF, quando trata da aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa e sua aplicação perante o Egrégio Tribunal de Contas da União (TCU), traz o entendimento que deve sempre ser amplo e irrestrito o direito ao contraditório e a

ampla defesa nos processos de controle externo. Vejamos alguns precedentes sobre o tema:

(...) tenho para mim, na linha de decisões que proferi nesta Suprema Corte, que se impõe reconhecer, mesmo em se tratando de procedimento administrativo, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se estabelece uma relação de polaridade conflitante entre o Estado, de um lado, e o indivíduo, de outro. Cumpre ter presente, bem por isso, na linha dessa orientação, que o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer cidadão, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária (...). Isso significa, portanto, que assiste ao cidadão (e ao administrado), mesmo em procedimentos de índole administrativa, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve a Constituição da República em seu art. 5º, LV. O respeito efetivo à garantia constitucional do due process of law, ainda que se trate de procedimento administrativo (como o instaurado, no caso ora em exame, perante o E. Tribunal de Contas da União), condiciona, de modo estrito, o exercício dos poderes de que se acha investida a Pública Administração, sob pena de descaracterizar-se, com grave ofensa aos postulados que informam a própria concepção do Estado Democrático de Direito, a legitimidade jurídica dos atos e resoluções emanados do Estado, especialmente quando tais deliberações, como sucede na espécie, importarem em invalidação, por anulação, de típicas situações subjetivas de vantagem. [MS 27.422 AgR, voto do rel. min. Celso de Mello, 2ª T, j. 14-4-2015, DJE 86 de 11-5-2015.] **grifo nosso**

Acórdão do TCU que, sem intimação da servidora interessada, determinou que se procedesse à cobrança de valores recebidos a título de adicional de dedicação exclusiva. Incidência do entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal. 2. Segurança concedida para garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa.

[MS 27.760, rel. min. Ayres Britto, 2ª T, j. 20-3-2012, DJE 71 de 12-4-2012.]

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE CONCESSÃO INICIAL DE PENSÃO DO MONTEPIO CIVIL DA UNIÃO. REGISTRO. LEGALIDADE DO ATO RECONHECIDA EM ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DETERMINAÇÃO DA CORTE DE CONTAS DE ALTERAÇÃO DO PAGAMENTO DA PENSÃO POR SUPOSTA OCORRÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL SUPERVENIENTE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE 3. INCIDÊNCIA. SEGURANÇA CONCEDIDA. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. POSSIBILIDADE. 1. O Tribunal de Contas da União considerou legal o ato de concessão inicial de pensão do montepio civil da União em favor da impetrante e de sua irmã, ordenando o seu registro. 2. A Corte de Contas também determinou a adoção de medidas com o objetivo de efetuar a alteração dessa pensão para que a irmã da impetrante passasse a ser a única beneficiária, com fundamento em suposta ocorrência de união estável superveniente. 3. Necessidade de garantir-se à impetrante o exercício do contraditório e da ampla defesa quanto à suposta união estável por ela mantida. 4. Incidência na espécie da Súmula Vinculante 3. 5. Cassação do acórdão do Tribunal de Contas da União para restabelecer o pagamento integral da pensão até que seja proferida nova decisão pela Corte de Contas. [MS 28.061 AgR, rel. min. Ellen Gracie, P, j. 2-3-2011, DJE 68 de 11-4-2011.] **(grifos nossos)**

Nesse diapasão, entendemos que seria imprescindível que a equipe de auditoria trouxesse em seu Relatório a relação nominal dos servidores que, em tese, teriam

recebido os valores indevidos, para que se pudesse, então, ofertar, com a citação, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Ademais, há outro ponto que merece destaque. Apesar de não ter sido sustentada essa tese na defesa apresentada, no nosso entender **não houve no Relatório uma efetiva demonstração de má-fé** dos recebedores do auxílio-alimentação supostamente indevido.

Assim, entendemos que ocorre um impedimento para que haja a condenação dos gestores ao ressarcimento dos valores levantados. Nesse sentido é consolidada a jurisprudência do STF, segundo a qual:

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DEVOUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR SERVIDORES PÚBLICOS. VALORES REFERENTES À PARCELA DE 10,87% (IPCR) E RELATIVOS A PAGAMENTO PELO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES COMISSONADAS E CARGOS EM COMISSÃO. A NATUREZA ALIMENTAR E A PERCEPÇÃO DE BOA-FÉ AFASTAM A RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS ATÉ A REVOGAÇÃO DA LIMINAR. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os valores percebidos em razão de decisão administrativa, dispensam a restituição quando auferidas de boa-fé, aliada à ocorrência de errônea interpretação da Lei, ao caráter alimentício das parcelas percebidas e ao pagamento por iniciativa da Administração Pública sem participação dos servidores. 2. Os valores recebidos com base em decisões judiciais, além de não ostentar caráter alimentar, não são restituíveis na forma da jurisprudência desta Corte. (Precedente AI 410.946-AgR, Min. Rel. Ellen Gracie, DJe 07/5/2010) 3. In casu, O TCU determinou a devolução de quantias indevidamente recebidas por servidores do TJDFT, relativas ao pagamento de valores referentes ao percentual de 10,87%, em razão de decisões judiciais, bem como ao pagamento do valor integral de função comissionada ou cargo em comissão cumulado com remuneração de cargo efetivo e VPNI, devido à decisão administrativa. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (MS 31259 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 09-12-2015 PUBLIC 10-12-2015)"

Em nossa Egrégia Corte de Contas encontramos acórdão recente com o mesmo entendimento. Veja-se:

ACÓRDÃO TC-918/2017 – PLENÁRIO

Este processo trata da Prestação de Contas Anual da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, referente ao exercício de 2005 e da auditoria realizada no mesmo período, de que resultou a imputação de irregularidades nos atos de gestão praticados pelos ordenadores de despesas componentes das Mesas Diretoras, acima mencionados, nos respectivos períodos do exercício abrangido de 01/01/2005 a 31/12/2005.

7.2.2.13 – Concessão de diárias e passagens aéreas para viagens e pagamento de despesas não classificáveis como de interesse público e ou representação parlamentar, sendo passível de glosa o montante de 1091,61 VRTE referente a viagem do Sr(...) (subitem 5.8.2.1), e o montante de 6193,95 VRTE referente à viagem do deputado (...) (subitem 5.8.2.2) – Inobservância ao art. 14 do Ato 2.223/78, ao Art. 3º do Ato nº 760/2005, ao caput do art. 37 da CF/88, e ao Art. 32

da CF/89 e aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da finalidade pública.

Trata-se de concessões de diárias e passagens, a saber: (...).

Afirmam os justificantes que o Ato 760/2005 constituía autorização legal para concessão de diárias ora tidas como irregulares.

Quanto ao interesse público, afirmam que os procedimentos administrativos abertos para cada caso, comprovam a efetiva participação dos envolvidos em eventos, em que haveria divulgação do Estado do Espírito Santo.

Sustentam ainda que o poder discricionário da Administração foi aplicado no sentido de entender que as viagens custeadas tinham por finalidade a promoção de atos afetos à própria legislatura.

Em sua defesa oral informam que consta do processo TC 2667/2007 que tal irregularidade também teria sido analisada, devendo, portanto, ser evitado o bis in idem.

Ademais, não se pode pretender realizar uma análise justa sobre os argumentos e motivos que levaram os administradores a tomar a decisão de autorizar a despesa, sem a atualidade dos fatos, sem conhecer a importância ou peso de cada uma no momento em que ocorreram. Formalmente ambas foram autorizadas conforme previsão normativa específica, em processo administrativo de que constou motivação e decisão e, posteriormente, liquidação.

Entendo, portanto, que os fatos se consumaram de acordo com as regras vigentes, que não houve má fé ou superfaturamento e que assim sendo, deve ser afastada a presente irregularidade.

Diante de todo o exposto, entende-se que não deve ser mantida a irregularidade no que tange a este item.

Não obstante esse entendimento, devemos observar que as argumentações da análise aqui enfrentadas foram repetidas nas defesas subsequentes, razão pela qual usaremos do mesmo raciocínio lógico jurídico despendido na presente análise. (...)"

- Parecer do Ministério Público de Contas 6358/2019

"(...) No tocante a esta preliminar, argumentam os responsáveis cerceamento do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o relatório técnico não demonstrou de forma cabal a identificação dos servidores da Assembleia Legislativa que supostamente teriam recebido valores indevidos a título de auxílio alimentação e respectivas quantificações, bem como que as planilhas constantes do CD (Arquivo 2 do Apêndice 3 – CD 2 - RA-O 0068/2014) apresentam as mesmas falhas.

A equipe técnica corroborou com os argumentos apresentados pelos defendentes e entendeu pela omissão dos elementos de informação acima citados no referido relatório, fato que impossibilitou o exercício da ampla defesa e do contraditório dos responsáveis.

Não obstante, a tese esposada pelos responsáveis e ratificada pela unidade técnica não deve prosperar, haja vista que a planilha 2, constante da mídia digital CD 2 – Arquivo 2 do Apêndice 3, pontuou nomes de servidores, mês de referência, valores recebidos e as respectivas quantias percebidas por eles de modo irregular, revelando-se, desta forma, prejudicada a preliminar aventada.

A preliminar aduzida não merece ser acolhida. (...)"

2.1.1.3 Do sistema de desconcentração administrativa

A Área Técnica acolhe a preliminar, entendendo pelo afastamento da responsabilidade dos gestores da Mesa Diretora da ALES, tendo em vista que a irregularidade no pagamento encontra-se adstrita ao âmbito da competência dos servidores responsáveis.

O Ministério Público, ao contrário, entende que o eventual afastamento da responsabilidade dos gestores não deve ser implementado em âmbito preliminar, sendo necessária a análise do caso concreto, no momento da apreciação do mérito.

No que concerne à presente preliminar, **acolho o posicionamento do Ministério Público de Contas**, discordando, portanto, do opinamento técnico, nos seguintes termos:

- Instrução Técnica Conclusiva 4882/2018

“(…)Aqui devemos observar a aplicação do princípio da razoabilidade. Vejamos:

De acordo com Humberto Ávila,¹

"a razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras. A razoabilidade é usada com vários sentidos. Fala-se em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa."

Ora, nos parece carente de razoabilidade atribuir responsabilidade aos gestores da Mesa Diretora da ALES acerca de atos que dizem respeito a rotinas administrativas que, pela sua própria natureza e competência legal, escapam às macro atribuições gerais afetas aos encargos de gestão.

Ademais, o Relatório de Auditoria registrou no achado de auditoria como conduta do agente o descumprimento dos ditames do art. 17, inciso XXVIII, do Regimento Interno da ALES. Tal regramento atribuí à mesa diretora a **coordenação, controle e avaliação do desempenho das atividades do Legislativo**.

Não há que se falar em responsabilidade pela fiscalização de uma possível percepção irregular de auxílio-alimentação de um grupo reduzido de servidores, eis que essa atribuição seria afeta aos servidores responsáveis pela folha de pagamento da ALES.

Dessa forma, entendemos que deve ser afastada a reponsabilidade do gestor no que tange a esse item. (…)"

- Parecer do Ministério Público de Contas 6358/2019

“(…) Pleitearam os integrantes da Mesa Diretora da Ales, Theodorico de Assis Ferraço, Roberto Carlos Teles Braga e Solange Siqueira Lube, exclusão da responsabilidade a eles irrogada, em razão da existência de desconcentração administrativa, haja vista que consideraram descabível a imputação de responsabilidades, as quais se referem apenas às formalidades e rotinas administrativas, escapando das macroatribuições atribuídas à Mesa Diretora.

A unidade técnica, em sede de instrução conclusiva, acolheu a preliminar suscitada pelos defendentes, pois considerou ausência de razoabilidade atribuir aos referidos gestores atos que dizem respeito a rotinas administrativas, atribuições estas que são afetas somente aos servidores responsáveis pela folha de pagamento.

Conquanto, não merece prosperar a preliminar, pois além da ausência de prova de ato legislativo estabelecendo a desconcentração administrativa, exigência formal de caráter obrigatório sem a qual sequer há de suscitar a sua ocorrência, tem-se que a mera alegação de desconcentração administrativa não implica a perda da condição de ordenador de despesas pelo agente delegante. De outro modo, a existência de desconcentração apenas atribui legalmente a outro agente público a competência para prática de determinado ato administrativo.

Desse modo, mesmo diante de ato legal de desconcentração administrativa, a autoridade delegante jamais deixará de ocupar a condição de ordenador de despesas primário, podendo ainda ser responsabilizada tanto pela prática de ato irregular (responsabilidade por ação) quanto por omissão no dever de acompanhar os atos praticados pelos agentes delegados (responsabilidade por omissão).

[...]

O fato de a irregularidade não ter sido praticada diretamente pelo gestor principal, e sim por outros servidores ou por órgão subordinado ao seu, não o exime de responder pela irregularidade, com base na culpa *in eligendo* ou na culpa *in vigilando*. (TCU, Acórdão 2818/2015 – Plenário).

Assim, a simples alegação de desconcentração administrativa pelos ordenadores não constitui argumento suficiente para suprimir, indubitavelmente, suas responsabilidades pelas ações e omissões na gestão do ente.

Ademais, a omissão praticada pelos responsáveis quanto às determinações dispostas na norma mandamental, a qual impõe a conduta a ser seguida pelo administrador, infringiu diretamente o disposto no Inciso XXVIII do art. 17 do Regimento Interno da Ales. Vejamos:

[...]

Art. 17. À Mesa compete, dentre outras atribuições estabelecidas neste Regimento Interno ou por resolução da Assembleia Legislativa, ou delas implicitamente resultantes:

[...]

XXVIII - coordenar, controlar e avaliar o desempenho das atividades administrativas da Assembleia Legislativa;

[...]

Nessa esteira, vale colacionar as seguintes decisões que demonstram o sólido entendimento do TCU quanto à responsabilização do ordenador de despesas diante da sua função de controle das atividades administrativas:

[...]

A atribuição do ordenador de despesas é verificar se os procedimentos levados a efeito estão em conformidade com a lei, sendo exigida a assinatura nos documentos justamente para delimitar responsabilidades (TCU, Acórdão 2540/2008 – Primeira Câmara);

[...]

A função de ordenador de despesa, à luz das disposições do Decreto-lei 200/1967 e do Decreto 93.872/1986, não está adstrita ao mero acatamento ou acolhimento das solicitações de outras instâncias administrativas, devendo exercer um verdadeiro controle quanto à regularidade e à legalidade da despesa pública (TCU, Acórdão 985/2007 - Plenário);

[...]

No entanto, há que se ressaltar que a autorização de pagamento não se resume à mera aposição de assinatura na ordem bancária. É necessário que o gestor adote procedimentos independentes para se certificar da correção da despesa que lhe é apresentada para pagamento. (TCU, Acórdão 3004/2016 – Plenário);

[...]

Faz-se ainda mister mencionar que a jurisprudência desta Corte de Contas é firme no sentido de que o ordenador de despesa tem o dever de verificar a legalidade e a legitimidade de documentos geradores de despesa, não sendo sua assinatura uma mera formalidade (e.g. Acórdãos 3004/2016-TCU-Plenário, 550/2015-TCU-Plenário, 300/2011-TCU-Plenário, 1568/2015-TCU-2ª Câmara). Portanto, incabível a alegação de que não tinha a incumbência de analisar a legitimidade de processos de pagamento ou de acompanhar e de fiscalizar a atuação de seus subordinados. (TCU, Acórdão 635/2017 – Plenário).

Isto porque, a delegação pressupõe a existência de hierarquia, da qual decorrem o controle, supervisão, fiscalização, aprovação, revisão e avocação das atribuições executadas pelos seus subordinados, sob pena de responder por culpa *in vigilando* e por culpa *in eligendo*.

[...]

O instituto da delegação é uma manifestação da relação hierárquica que transfere atribuições ao agente delegado, mas não exime o autor da delegação do dever de acompanhar os atos praticados. Isso porque as prerrogativas e os poderes do cargo, tais como a supervisão, não são conferidos em caráter pessoal ao agente público, mas sim para o bom desempenho de seu papel institucional, sendo, portanto, irrenunciáveis. (TCU, Acórdão 830/2014 – Plenário).

Não são poucas as decisões do Tribunal de Contas da União que rechaçam a possibilidade de exclusão de responsabilidade da autoridade máxima do órgão, os ordenadores de despesas que compõem, *in casu*, a Mesa Diretora, por não os considerar imunes de responsabilidades diante da delegação de competências aos responsáveis do setor, conforme se verifica:

[...]

O fato de alguns atos não terem sido praticados pelo Sr. [omissis] não afasta a responsabilidade por ele assumida perante a União, até porque ele era o Chefe do Executivo Municipal e o ato foi praticado por subordinados seus, dentro do limite de discricionariedade que lhes era permitido. **A delegação de atividades administrativas não retira do agente político a responsabilidade sobre a execução do convênio, a não ser que existam normas jurídicas prévias autorizando a delegação, o que não restou demonstrado. (Acórdão 1.270/2010 - 2ª Câmara)**

Assim, a simples alegação de desconcentração administrativa pelos ordenadores não constitui argumento suficiente para suprimir, indubitavelmente, suas responsabilidades pelas ações e omissões na gestão do órgão.

[...]

Não podem ser aceitas essas argumentações do recorrente. É pacífica a jurisprudência do Tribunal, no sentido de que o prefeito é o administrador dos

recursos públicos federais repassados à municipalidade e, nessa condição, é o responsável pela prestação de contas ao órgão repassador. Entendimento esse que decorre do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, do art. 93 do Decreto-Lei 200/1967, bem como do art. 39 de Decreto 93.872/1986 (acórdãos 1.028/2008-TCU-Plenário, 630/2005-TCU-1ª Câmara e 752/2007-TCU-2ª Câmara).

Adicionalmente, tem-se que alegações de desconcentração administrativa não se prestam para eximir a incidência de culpa *in vigilando*, já que a delegação de competência não retira a responsabilidade de quem delega, de acordo com diversos julgados desta Corte (acórdãos 56/1992 e 54/1992, do Plenário, e 726/2007 e 153/2001, da 2ª Câmara). (TCU, Acórdão 10328/2017- Segunda Câmara).

Outrossim, mesmo que se argumente a ausência de participação na execução dos atos de gestão, o afastamento da responsabilidade do gestor delegante somente se verifica diante de circunstâncias especiais devidamente comprovadas no bojo do processo, situação que necessariamente demanda a análise do caso concreto (exame de mérito), não sendo possível a sua verificação em sede de preliminar.

[...]

A responsabilidade da autoridade delegante pelos atos delegados não é automática ou absoluta, sendo imprescindível para a definição dessa responsabilidade a análise das situações de fato que envolvem o caso concreto. A autoridade delegante pode ser responsabilizada sempre que verificada a fiscalização deficiente dos atos delegados (culpa *in vigilando*), o conhecimento do ato irregular praticado ou a má escolha do agente delegado (culpa *in eligendo*). (TCU, Acórdão 6934/2015 – Primeira Câmara).

[...]

De outro modo, não sendo possível afastar de imediato a responsabilidade da autoridade delegante pelos atos de gestão, sejam os atos comissivos ou omissivos, tendo em vista que para tal conclusão é imprescindível a análise do mérito da irregularidade, deve a preliminar ser rechaçada. (...)"

2.1.2 Do Mérito

Após analisar os autos, entendo, quanto à irregularidade concernente ao pagamento de auxílio-alimentação, por corroborar com o posicionamento da área técnica, pelo afastamento da irregularidade.

Discordo, portanto, do entendimento do Ministério Público de Contas pela manutenção da irregularidade e necessidade de instauração de Tomada de Contas Especial para quantificação do dano.

Neste sentido, tomo como razão de decidir os fundamentos apresentados na Instrução Técnica Conclusiva 4882/2018, nos seguintes termos:

- Instrução Técnica Conclusiva 4882/2018

“(…) Em primeiro lugar, entendemos assistir razão ao defendente quando alega ter comprovado a inexistência de pagamento em duplicidade e de qualquer irregularidade antes do fim da auditoria ordinária.

O Relatório apresentado pela Sra. Maria de Lourdes Zamproga Dario (Coordenadora do Grupo de Recursos Humanos – fls. 701/703), sobre a operacionalização do auxílio-alimentação, demonstrou que as inconsistências apontadas pela equipe de auditoria não merecem prosperar.

Isso porque, segundo informou, uma vez inserido no sistema, caso a inclusão ocorra antes do dia 10 (dez) de cada mês (dia do fechamento da folha), o crédito ou pagamento é incluído no mesmo mês da posse, proporcional aos dias trabalhados. Entretanto, uma vez cadastrado após o dia 10 (dez), só será creditado ou pago o valor no mês seguinte.

Esclareceu também que até fevereiro de 2013 a forma de pagamento era feita de acordo com a Resolução 1.805/95, ou seja, ao ingressar no âmbito da ALES o servidor recebia um mês do auxílio de forma antecipada. Porém, com o advento da Resolução 3.364/2013, a partir de 01 de março de 2013 o pagamento passou a ser disponibilizado de acordo com o mês corrente.

Trouxe, ainda, o defendente o extrato de pagamento mês a mês dos servidores citados no relatório como recebedores irregulares de auxílio-alimentação, demonstrando que, na realidade, o que ocorrera foi um equívoco na planilha sobre o auxílio-alimentação apresentada à equipe.

Conforme demonstrou, foi encaminhado pela Coordenação do Grupo de Recursos Humanos o Ofício Conjunto CGRH-CSFP 01 de 09/09/2014 (fls. 1.814/1.817), com informação equivocada quanto ao mês de referência, restando prejudicada a análise comparativa entre as duas planilhas encaminhadas.

Logo, conclui-se que, realizado o confronto das planilhas corretas, fica evidente que não houve pagamento em duplicidade. Passo em que concordamos inteiramente com a defesa apresentada.

(…)

Diante de todo o exposto, entende-se que não deve ser mantida a irregularidade no que tange a este item. (…)”

2.2 Pagamentos irregulares de adicional de penosidade

A irregularidade foi descrita no Relatório de Auditoria Ordinária 68/2014, nos seguintes termos:

Base legal: Princípio da Legalidade, esculpido no caput do Artigo 37 da CF/88 e no caput do Artigo 32 da CE/89; artigos 2.º e 7.º do Ato da Mesa Diretora 1.442, de 29 de outubro de 2010.

Responsáveis:

Identificação – Mônica Passos de Abreu (Coordenadora do Setor de Folha de Pagamento).

Conduta – Efetuar pagamentos de penosidade, via folha de pagamento, a servidor que não se enquadra nas exigências contidas nos regulamentos para a concessão da gratificação.

Nexo – Os pagamentos efetuados indevidamente, sem observância do disposto no Ato 1.442/2010, resultaram em dano ao erário.

Identificação – Alfredo Ferreira Pereira (Diretor de Recursos Humanos de 26/2/2009 a 9/2/2011).

Conduta – Omissão quanto ao controle na concessão da gratificação de penosidade aos servidores da Ales.

Nexo – A ausência de controle resultou em pagamentos irregulares feitos a servidor, gerando danos ao erário.

Identificação – Fabiano Burock Freicho (Diretor de Recursos Humanos a partir de 9/2/2011).

Conduta – Omissão quanto ao controle na concessão da gratificação de penosidade aos servidores da Ales.

Nexo – A ausência de controle resultou em pagamentos irregulares feitos a servidor, gerando danos ao erário.

A Equipe identificou pagamentos realizados desde 11/12/2001, à servidora Eulália Maria Franck, lotada na Ouvidoria, relativos à adicional de penosidade, no percentual de 20% sobre sua remuneração.

Os pagamentos foram amparados por uma solicitação, protocolada em 11/12/2001, sob o número 017325-0 (**Anexo 15**), do então deputado estadual Eval Galazi, para que os servidores que prestavam serviços de atendentes na Ouvidoria-Geral recebessem a gratificação no percentual de 20%. A solicitação foi autorizada por André Luiz Cruz Nogueira, diretor-geral à época, com ciência de Lúcio Merçon, que era secretário-geral da Mesa Diretora. Com a autorização, a servidora passou a receber a gratificação de penosidade a partir de 12/2001.

O adicional de penosidade, previsto no Artigo 97 da Lei complementar estadual 46, de 31 de janeiro de 1994, foi devidamente regulamentado pela Assembleia Legislativa em 29/10/2010, por meio do Ato 1.442/2010 (**Anexo 16**), produzindo efeitos a partir de 1.º/11/2010.

Do Art. 2.º do Ato consta que a concessão da gratificação de penosidade é de competência exclusiva da Mesa Diretora. Somente pode abranger os servidores que efetivamente se encontram no exercício das funções de direção de veículos e que estejam localizados no Setor de Transportes ou nos gabinetes de representação parlamentar.

Com a regulamentação da gratificação, a servidora passou a não se enquadrar como beneficiária da gratificação. Entretanto, continuou recebendo 20% a mais sobre sua remuneração a título de gratificação de penosidade, conforme Comunicação Interna 14, de 14 de agosto de 2014 (**Anexo 17**), emitida pela Coordenadora do Setor de Folha de Pagamento, comprovando a realização dos pagamentos, de novembro de 2010 a julho de 2014 (período fiscalizado pela Equipe), totalizando R\$ 34.994,60 recebidos sem amparo legal, conforme demonstrado no Quadro 4.

Quadro 4 – Pagamentos indevidos de penosidade

Período	Gratificação de penosidade recebida (R\$)	Gratificação de penosidade recebida (VRTE)
Nov. a dez./2010	1.208,76	602,15
Jan. a dez./2011	7.585,06	3.591,92
Jan. a dez./2012	8.069,67	3.572,39
Jan. a dez./2013	10.704,88	4.494,07
Jan. a jul./2014	7.426,23	2.945,75
Total	34,994,60	15.206,28

Fonte: Coordenação do Setor de Folha de Pagamento.

Diante da infração ao Princípio da Legalidade e do previsto no Ato 1.442/2010, cabe **citação** dos responsáveis para os devidos esclarecimentos. Cabem, ainda, suspensão dos pagamentos de gratificação de penosidade à servidora Eulalia Maria Franck, assim como restituição do montante de **15.206,28 VRTE** a ela pagos indevidamente no período de novembro de 2010 a julho de 2014, somados aos demais valores decorrentes de pagamentos que tenham ocorridos em período posterior ao fiscalizado pela Equipe.

Ressalta-se que, dos 15.206,28 VRTE passíveis de restituição, Alfredo Ferreira Pereira responde por **974,22 VRTE** (602,15 VRTE referentes a novembro e dezembro de 2010, 286,21 VRTE referentes a janeiro de 2011 e 85,86 VRTE referentes a nove dias de fevereiro de 2011), por ter ocupado o cargo de Diretor de Recursos Humanos até 9/2/2011, e Fabiano Burock Freicho, que o substituiu a partir de então, por 14.232,06 VRTE.

Conforme disposto na Instrução Técnica Conclusiva 4882/2018, os responsáveis apresentaram as seguintes justificativas:

“(…) JUSTIFICATIVAS APRESENTADAS POR MÔNICA PASSOS DE ABREU, FABIANO BUROCK FREICHO e ALFREDO FERREIRA PEREIRA

Quanto aos pagamentos de Adicional de Penosidade:

Alegam os defendentes Mônica Passos de Abreu, Fabiano Burock Freicho e Alfredo Ferreira Pereira que não houve pagamento irregular de gratificação de penosidade.

Justificam que a gratificação de penosidade tem relação com a localidade em que o servidor é lotado. As servidoras comissionadas Isabela Cani Bella Rosa e Cristina Mendes Pimentel deixaram de receber a aludida gratificação com a exoneração do cargo em comissão em 1º/08/2002 e 02/03/2004, respectivamente.

Já a servidora Eulália, continua lotada na ouvidoria da Assembleia, consoante se verifica em sua ficha funcional. Após o recebimento da gratificação de penosidade, em dezembro de 2001, a servidora Eulália permanece até os dias atuais exercendo as mesmas funções no mesmo ambiente de trabalho, continuando exposta habitualmente aos mesmos riscos/danos que ensejaram o recebimento da gratificação em 2001.

Em suma alegam que o Ato nº 1.442/2010, em seu artigo 7º, não atingiu a servidora Eulália por não se tratar de hipótese taxativa. (…)

Análise

Tanto a área técnica quanto o Ministério Público de Contas opinaram pela manutenção da irregularidade, com a consequente necessidade de ressarcimento dos valores pagos indevidamente, conforme se segue:

- Instrução Técnica Conclusiva 4882/2018

“(…) De acordo com a irregularidade apontada pela equipe de auditoria, a ALES teria continuado a pagar a servidora Eulália Maria Franck por um adicional de penosidade que a mesma não teria mais direito a receber desde 29/10/2010.

Assiste razão ao Relatório de Auditoria, pois não há que se falar em rol exemplificativo no presente caso.

O adicional de penosidade, previsto originariamente no art. 97 da Lei Complementar Estadual 46, de 31 de janeiro de 1994 (Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do ES), foi devidamente regulamentado pela ALES em 29/10/2010, por meio do Ato 1.442/2010 (pág.295), produzindo efeitos a partir de 01/11/2010.

O art. 2º desse Ato normativo dispõe expressamente:

“Art. 2º A concessão da gratificação de penosidade é de competência exclusiva da Mesa Diretora, nos termos do artigo 17, inciso X, do Regimento Interno, e somente poderá abranger os servidores que efetivamente se encontrem no exercício das funções de direção de veículos e estejam localizados no Setor de Transportes ou nos Gabinetes de Representação Parlamentar. (grifo nosso).”

Ora, a redação desse ato normativo, segundo constatamos, permanece plenamente válida e em vigor, não deixando margem de dúvidas. Somente os motoristas da ALES que preenchem os requisitos têm efetivamente direito ao recebimento do adicional de penosidade.

Ademais, o ANEXO I desde Ato 1442/2010 trazia inclusive, na ocasião, o nome dos servidores designados para a atividade de direção de veículos, lotados no setor de transporte, não constando nesse rol o nome da Sra. Eulália.

Não há em nenhum de seus demais artigos, qualquer menção à hipótese de concessão desse benefício a servidores da Ouvidoria ou qualquer outra repartição da ALES.

Ademais, vale lembrar aqui o princípio da legalidade administrativa, pelo qual só é dado à Administração Pública fazer ou deixar de fazer o que está adstrito à reserva legal.

Vedada, pois, a ampliação de hipóteses por analogia, como se está pretendendo na defesa apresentada.

Diante do exposto, entendemos pela permanência desta irregularidade.(...)"

- Parecer do Ministério Público de Contas 6358/2019

No tocante a este indicativo de irregularidade, evidencia-se burla ao Princípio da Legalidade insculpidos nas Constituições Federal e Estadual, bem como no Ato da Mesa Diretora n. 1.442, de 29 de outubro de 2010.

A irregularidade foi deflagrada por ocasião da entrada em vigor do Ato n. 1.442/2010, que regulamentou o adicional de penosidade previsto no art. 97 da Lei Complementar Estadual 46. O mencionado adicional era pago, anteriormente à vigência do aludido ato, a servidores lotados na Ouvidoria-Geral, que perfaziam uma gratificação num percentual de 20%, em razão de autorização do diretor-geral à época e ciência do então secretário-geral da Mesa Diretora.

A equipe de auditoria constatou que a servidora Eulália Maria Franck, lotada na Ouvidoria, mesmo não se enquadrando mais como beneficiária da mencionada gratificação, consoante os cargos enumerados no Ato n. 1.442/2010, continuou recebendo a gratificação de 20% referente ao adicional de penosidade, no período de 11/2010 a 07/2014 (período fiscalizado pela equipe técnica), de acordo com quadro 4, do RA-O 0068/2014:

Quadro 4 – Pagamentos indevidos de penosidade

Período	Gratificação de penosidade recebida (R\$)	Gratificação de penosidade recebida (VRTE)
Nov. a dez./2010	1.208,76	602,15
Jan. a dez./2011	7.585,06	3.591,92
Jan. a dez./2012	8.069,67	3.572,39
Jan. a dez./2013	10.704,88	4.494,07
Jan. a jul./2014	7.426,23	2.945,75
Total	34.994,60	15.206,28

Fonte: Coordenação do Setor de Folha de Pagamento.

Os responsáveis alegaram que o adicional de penosidade pago encontra-se em consonância com a localidade em que é lotada a servidora, na qual permanece até os dias atuais, o que faria jus ao recebimento do referido adicional, tendo em vista que continua exposta habitualmente aos mesmos riscos/danos que ensejaram o recebimento da gratificação em 2001.

Porém, em análise conclusiva, a unidade técnica entendeu que o rol dos cargos do ato normativo é taxativo e que este permanece em vigor, autorizando apenas os cargos elencados no mencionado ato normativo, que atendam aos requisitos, o direito ao recebimento do adicional de penosidade.

Nesse sentido, oportuna é a transcrição do Ato n. 1.442/2010 e da Resolução n. 1.905/98, nos quais se verificam o rol taxativo de cargos que possuem o direito ao recebimento da gratificação, consoante dispositivos infracitados:

Ato n. 1.442/2010

[...]

Art. 2º A concessão da gratificação de penosidade, prevista neste Ato, é de competência exclusiva da Mesa Diretora, nos termos do artigo 17, inciso X, do

Regimento Interno, e somente poderá abranger os servidores que efetivamente se encontrem no exercício das funções de direção de veículos e estejam localizados no Setor de Transportes ou nos Gabinetes de Representação Parlamentar, preenchidas as seguintes condições:

I – que o servidor gratificado se submeta aos cursos e reciclagens específicos, quando ofertados pela Assembleia Legislativa;

II – que o servidor gratificado e localizado no Setor de Transportes seja ocupante de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a função de motorista;

III – que o servidor gratificado e localizado no Gabinete de Representação Parlamentar seja ocupante de um dos cargos previstos nos incisos I a IV do artigo 1º da Resolução nº 1.905, de 14.12.1998, nos termos da Resolução nº 2.781, de 22.12.2009.

[...]

Resolução n. 1.905/98

[...]

Art. 1º Fica instituído o Grupo Específico de Apoio às Atividades de Representação Política parlamentar GARP-AL, constituído de cargos de provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração de recrutamento amplo, a serem distribuídos nos seguintes níveis, por Gabinete Parlamentar:

III - MGRP – Motorista de Gabinete de Representação Parlamentar2; (Inciso com redação dada pela Resolução 1.996, de 07.06.2001, publicada em 13.06.2001)

IV - ASGRP – Assistente de Gabinete de Representação Parlamentar; (Inciso com redação dada pela Resolução 1.996, de 07.06.2001, publicada em 13.06.2001).(grifos nossos)

[...]

Todavia, consoante consta dos autos, mesmo após a entrada em vigor da regulamentação do adicional de penosidade, a servidora Eulália, que ocupa o cargo de técnico legislativo sênior (de acordo com quadro abaixo), o qual não consta no rol restrito do Ato n. 1.442/2010, continuou recebendo os valores referentes à referida gratificação, ainda que fosse patente a taxatividade dos cargos que teriam direito ao recebimento do adicional.

201011 EULALIA MARIA FRANCK
Nº Vínculo Cargo Admissão Desligamento
201011 - 01 TECNICO LEGISLATIVO SÊNIOR 30/01/1995

Pesquisa realizada no sítio eletrônico <https://www.al.es.gov.br/Transparência>

É mister esclarecer que o adicional de penosidade estabelecido na Carta Magna é norma de eficácia limitada, a qual depende de regulamentação infraconstitucional para a sua plena aplicabilidade. No caso em apreço, existe a regulamentação específica com delimitação dos contornos da norma sobredita, contendo a enumeração taxativa dos cargos beneficiários do adicional de penosidade.

Assim, tendo a legislação definido o rol de cargos que teriam direito ao benefício, com o atendimento de requisitos nela descritos, não pode o administrador público aplicar analogicamente a outro cargo, sob pena de ficar sem utilidade o dispositivo estabelecido do adicional de penosidade.

Dessa forma, observando o princípio básico da hermenêutica segundo o qual a lei não contém palavras inúteis, não cabe ao intérprete desconsiderar o texto legal ou mesmo relativizar suas determinações de maneira a reduzi-la em mera figura decorativa.

Face as considerações aduzidas, constata-se pelo teor do dispositivo legal citado a sua taxatividade ao impor quais cargos têm o direito ao adicional de penosidade, bem como de impor determinadas exigências, conforme observa-se do texto legal, motivo pelo qual a irregularidade deve ser mantida.

No que concerne ao valor do dano ao erário apurado pela equipe técnica, no montante equivalente a 15.206,28 VRTE, de acordo com o exposto no Quadro 4 – Pagamentos indevidos de penosidade, verifica-se que o *quantum* apurado alcançou o período de 11/2010 a 07/2014. Todavia, segundo dados extraídos do Portal de Transparência da Ales, constata-se que a servidora recebeu a gratificação de adicional de penosidade até a data de 03/2017, o que demanda a necessidade da apuração do dano posterior ao período considerado na auditoria. É o que se depreende do quadro abaixo colacionado:

04/2017	R\$ 6.377,59	■ R\$ 2.169,50	R\$ 945,44	R\$ 904,98	■ R\$ 1.849,48	R\$ 4.847,19
		Detalhamento das Remunerações			Valor	
		GRATIFICAÇÃO TEMPO DE SERVIÇO			R\$ 1.084,19	
		GRATIFICAÇÃO DE ASSIDUIDADE			R\$ 127,55	
		GRATIFICAÇÃO INCENTIVO EDUCACI			R\$ 637,76	
		AUXÍLIO SAUDE			R\$ 320,00	
03/2017	R\$ 6.377,59	■ R\$ 3.445,02	R\$ 1.494,99	R\$ 904,98	■ R\$ 1.339,22	R\$ 6.083,42
		Detalhamento das Remunerações			Valor	
		GRATIFICAÇÃO TEMPO DE SERVIÇO			R\$ 1.084,19	
		GRATIFICAÇÃO DE ASSIDUIDADE			R\$ 127,55	
		GRATIFICAÇÃO INCENTIVO EDUCACI			R\$ 637,76	
		PENOSIDADE			R\$ 1.275,52	
		AUXÍLIO SAUDE			R\$ 320,00	
02/2017	R\$ 6.377,59	■ R\$ 3.445,02	R\$ 1.494,99	R\$ 904,98	■ R\$ 1.126,64	R\$ 6.296,00
		Detalhamento das Remunerações			Valor	
		GRATIFICAÇÃO TEMPO DE SERVIÇO			R\$ 1.084,19	
		GRATIFICAÇÃO DE ASSIDUIDADE			R\$ 127,55	
		GRATIFICAÇÃO INCENTIVO EDUCACI			R\$ 637,76	
		PENOSIDADE			R\$ 1.275,52	
		AUXÍLIO SAUDE			R\$ 320,00	

Dessa forma, o valor do dano posterior ao calculado pelas auditoras deve ser apurado no bojo de Tomada de Contas Especial, cujo objeto deve englobar o período de 08/2014 a 03/2017, a fim de se garantir que o erário seja totalmente recomposto. (...)

De fato, conforme demonstraram a área técnica e o Ministério Público de Contas, constata-se irregularidade no pagamento do adicional de penosidade à servidora Eulália Maria Franck.

Entretanto, observa-se, conforme ressaltou o Ministério Público de Contas, que anteriormente ao Ato nº 1442/2010 (que regulamentou o pagamento do adicional de penosidade), “o mencionado adicional era pago, (...) a servidores lotados na

Ouvidoria-Geral, que perfaziam uma gratificação num percentual de 20%, em razão de autorização do diretor-geral à época e ciência do então secretário-geral da Mesa Diretora."

Ora, embora de forma irregular, os senhores Fabiano Burock Freicho, Alfredo Ferreira Pereira e Mônica Passos de Abreu realizaram pagamento com base em autorização hierárquica superior.

É certo que realizaram pagamento de forma equivocada, em razão de a norma que instituiu o adicional de penosidade possuir eficácia limitada, dependendo, portanto, de regulamentação.

Entretanto, pelos argumentos apresentados em suas justificativas, entendo que os servidores não agiram de má fé ao realizar o pagamento.

Assim, embora entenda pela manutenção da irregularidade, com necessidade de imediata determinação de paralização do pagamento à senhora Eulália Maria Franck, **afasto o ressarcimento e deixo de aplicar multa aos responsáveis.**

Desta forma, no que concerne à presente irregularidade, acolho em parte o posicionamento da área técnica e do Ministério Público de Contas.

Assim, ante todo o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, tendo em conta a fundamentação até aqui expendida, **subscrevo em parte os termos da Instrução Técnica Conclusiva 4882/2018 e em parte o Parecer do Ministério Público de Contas 6358/2019 e VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte deliberação que submeto à sua consideração.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

1. ACÓRDÃO TC-1125/2020 – PLENÁRIO

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, em:

1.1. DESCONVERTER os presentes autos de Tomada de Contas Especial, tendo em vista não restar configurado dano ao erário, nos termos do art. 329, § 8º do Regimento Interno (Resolução nº 261/2013);

1.2. REJEITAR, *in totum*, as preliminares aventadas pelos responsáveis;

1.3. MANTER a seguinte irregularidade:

1.3.1. Pagamentos irregulares de adicional de Penosidade

1.4. DETERMINAR à Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, a imediata **paralisação do pagamento de adicional de penosidade** à senhora Eulália Maria Franck e à qualquer outro servidor que o esteja recebendo com inobservância ao Ato 1442/2010;

1.5. ACOLHER as razões de justificativa da senhora **Mônica Passos de Abreu**, Coordenadora do Setor de Folha de Pagamentos, no que concerne ao **item 2.1 - Pagamentos irregulares de adicional de Penosidade** (item 2.2 da ITC 4882/2018);

1.6. ACOLHER as razões de justificativa do senhor **Alfredo Ferreira Pereira**, Diretor de Recursos Humanos no período de 16/02/2009 a 09/02/2011, no que concerne ao **item 2.1 - Pagamentos irregulares de adicional de Penosidade** (item 2.2 da ITC 4882/2018);

1.7. ACOLHER as razões de justificativa do senhor **Fabiano Burock Freicho**, Diretor de Recursos Humanos a partir de 09/02/2011, no que concerne ao **item 2.1 Pagamentos irregulares de adicional de Penosidade** (item 2.2 da ITC 4882/2018);

1.8. RECOMENDAR ao atual gestor, nos termos do art. 207, inciso V, da Resolução nº 261/2013 (Regimento Interno), conforme disposto na ITI 1735/2015:

1.8.1. que seja adotada uma política concreta de planejamento e execução orçamentária, a fim de implementar de fato os projetos relacionados na LOA e de gerir de forma ótima os recursos que lhes são disponibilizados pelo Executivo estadual;

1.8.2. que seja conferido mais rigor na coordenação e na conferência dos procedimentos que resultam nos lançamentos dos valores pagos a título de auxílio-alimentação, via cartão-magnético e via folha de pagamento, aos servidores do Poder Legislativo;

1.8.3. se adeque o sistema de controle interno à legislação pertinente: normas da Ales, do TCEES, legislação federal e estadual, especialmente quanto à autonomia da supervisão do Sistema de Controle Interno, que deve estar vinculada, hierárquica e funcionalmente, de forma direta, ao titular do Poder;

1.8.4. que seja modernizada e reformulada a gestão administrativa, no que tange ao fluxograma de tramitação de processos, visando a otimizar e a agilizar o trâmite processual, para garantir uma atuação mais eficiente, mais transparente e mais controlada da Ales, evitando perdas de prazo, desperdícios e retrabalho;

1.8.5. que adote providências para o cumprimento dos prazos fixados pela Portaria 86/1987 e pelo Ato 2.517/2007.

1.9. ARQUIVAR, com fulcro no art. 207, inciso III, da Resolução nº 261/2013 (Regimento Interno), o processo em relação a **Theodorico de Assis Ferraço, Roberto Carlos Teles Braga, Solange Siqueira Lube, Maria de Lourdes Zamprogno Dario, Tania Regina Araújo, Margareth Carreta Pimentel, Elisângela Campos Rodrigues, Daniela de Oliveira Calixte e Simone Suelo de Castro Reis.**

1.10. ARQUIVAR os autos após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 15/10/2020 - 34ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (Presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo (relator), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, 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 SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

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 ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário Geral das Sessões