



Acórdão 00751/2021-6 - 1ª Câmara

Processo: 06293/2018-2

Classificação: Tomada de Contas Especial Determinada

UG: PMA - Prefeitura Municipal de Alegre

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Interessado: Gestor da UG (Prefeitura Municipal de Alegre, DANYEL FERREIRA SUETH), JOSE GUILHERME GONCALVES AGUILAR, KASSIO VALADARES AMORIM

Responsável: PAULO LEMOS BARBOSA, JOSE GUILHERME GONCALVES AGUILAR, LEILA MARIA DONATO COELHO

Procuradores: BRUNO RUA BAPTISTA (OAB: 9935-ES), RICARDO BENETTI FERNANDES MOCA (OAB: 14539-ES), FLAVIO VINICIUS GAYGHER (OAB: 6469E-ES), VINICIUS OLIVEIRA GOMES LIMA (OAB: 17159-ES), WILSON MARCIO DEPES (OAB: 1838-ES), WILLY POTRICH DA SILVA DEZAN (OAB: 20416-ES), MARCO AURELIO DEPES (OAB: 22715-ES)

CONTROLE EXTERNO – TOMADA DE CONTAS ESPECIAL DECORRENTE DO ACÓRDÃO TC 1280/2017 – PCA INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA DO MUNICÍPIO DE ALEGRE – EXERCÍCIO 2014 – ENCARGOS FINANCEIROS DECORRENTES DE ATRASO EM RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – AFASTAR A RESPONSABILIDADE DO PREFEITO - REGULAR – ARQUIVAMENTO.

1. Ilegitimidade do prefeito para figurar no polo passivo decorrente da desconcentração administrativa;
2. Aplicação do art.28 da LINDB uma vez que, no caso concreto, não restou demonstrado erro grosseiro ou descaso dos gestores.

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

I. RELATÓRIO

Trata-se de Tomada de Contas Especial decorrente do Acórdão TC 1280/2017, Processo TC 3356/2015, relativa à Prestação de Contas Anual do Instituto de Previdência e Assistência do Município de Alegre, do exercício de 2014, de responsabilidade da Sra. Leila Maria Donato Coelho – Diretora Executiva.

A determinação de instauração de Tomada de Contas Especial provém do teor do Acórdão TC 1280/2017, a seguir transcrito:

1.3 Determinar ao atual Prefeito Municipal de Alegre juntamente com o Controlador Geral do município de Alegre a instauração de tomada de contas especial para apuração e quantificação do dano, bem como identificação dos responsáveis, a fim de apurar a totalidade dos encargos financeiros incidentes sobre o recolhimento em atraso das parcelas devidas referentes às contribuições previdenciárias, e o ressarcimento aos cofres públicos, com fulcro no artigo 83, §1º, da Lei Complementar Estadual 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES), sob pena de incorrer em responsabilidade solidária, informando, ainda, outros dados exigidos pela Instrução Normativa TC nº 32/2014, devendo os autos da Tomada de Contas Especial serem encaminhados a este Tribunal no prazo de 90 (noventa) dias, na forma do art. 14 da referida IN;

1.3.1 Para tanto, devem os responsáveis comunicarem a esta Corte de Contas a Instauração de Tomada de Contas em tela, no prazo de 15 (quinze) dias, de acordo com o estabelecido no art. 5º da IN TC 32/2014 e, acaso confirmado o prejuízo, providencie sua devolução ao erário do município, nos termos dos arts. 152 e ss. do Regimento Interno do Tribunal, devendo observar os prazos constantes da IN nº 32/2014;

Isso posto, se seguiu a tramitação processual, conforme mencionada na ITI 351/2019:

Por meio da Comunicação Diversa 625/2018-1, a Prefeitura de Alegre comunicou a instauração do processo administrativo sob n. 4453/2018 e na Peça Complementar 13254/2-18-2 apresentou a portaria de designação dos membros e termos de não-impedimento da Comissão de TCE.

Na Petição Intercorrente 1683/2018-5, o Prefeito solicitou a dilação do prazo por mais noventa dias e designou novo membro da comissão.

Na Decisão Monocrática 1746/2018-7, o Relator decidiu pela dilação do prazo, por mais 90 (noventa) dias a contar do término do prazo antes concedido (17/10/2018).

O Prefeito Municipal, Sr. José Guilherme Gonçalves de Aguiar, e o Coordenador Geral de Controle Interno, Sr. Kassio Valadares Amorim, encaminharam tempestivamente o Relatório Final da TCE, por meio da Defesa/Justificativa 32/2019-2.

Ato contínuo, o feito foi instruído pela Secex Previdência-Secretaria de Controle Externo de Previdência e Pessoal, que elaborou a Manifestação

Técnica MT 00342/2019-4, sugerindo a notificação do atual Prefeito de Alegre para complementação da tomada de contas, já que “o Relatório Final carece de identificação do responsável e quantificação do débito relativamente ao período de dezembro/2016 a março/2017”.

Por meio da Decisão Monocrática 101/2019-1, o Relator concedeu 30 dias para a complementação da TCE, tendo o sido juntado aos autos o Relatório Final Complementar da TCE, por meio do Ofício Externo 257/2019-8. Os autos vieram à SecexPrevidência para instrução.

Em sequência, a ITI 351/2019, em sua análise, tratou do cumprimento dos elementos constantes no Anexo Único da Instrução Normativo TC 32/2014 e da quantificação do débito e da responsabilização do agente, consoante seguinte teor:

3. ANÁLISE

3.1 Cumprimento dos elementos constantes no Anexo Único da Instrução Normativo TC 32/2014

Examinando o processo de Tomada de Contas Especial encaminhado, verificou-se que os trabalhos foram conduzidos por três servidores: Sr. Alexandre de Souza Mello, operador de sistema de microinformática, Sra. Eliane Aparecida Porto Amorim, agente de administração municipal, e o Sr. Jean Fabrino da Silva, agente técnico municipal, todos estatutários, conforme declaração constante na Peça Complementar 652/2019-6.

[...]

Apesar dessa declaração, em consulta ao Portal da Transparência da Prefeitura de Alegre, somente foi confirmado o vínculo do Sr. Alexandre de Souza Mello com a Prefeitura. Tentativas de contato por telefone, em 7/6/2019, ao Controle Interno, à Secretaria de Administração e ao Gabinete do Prefeito não tiveram sucesso para o saneamento da dúvida.

De se ressaltar que a Instrução Normativa 32, de 4 de novembro de 2014, determina em seu artigo 4º que a tomada de contas especial deverá ser conduzida por servidores efetivos, “designados em comissão ou mesmo individualmente, competindo-lhes a formação, condução e instrução do procedimento”. (g.n)

Apesar de prejudicada a verificação deste item, diante da necessidade de racionalização da atividade de controle externo, baseada nos princípios da economicidade e da eficiência e na redução de desperdícios do dinheiro público, entende-se cumprido esse item já que o servidor Alexandre é servidor efetivo, conforme comprovado no Portal da Transparência do Município.

Observou-se que os tomadores de contas juntaram aos autos o Anexo Único da IN 32/2014. Da análise conjunta dos Relatórios da Comissão de TCE e do Controle Interno, é possível validar os requisitos exigidos no referido Anexo, especialmente no que tange à cronologia da legislação que provocou o inadimplemento quanto às obrigações previdenciárias, à identificação dos responsáveis e à quantificação do débito relativo a cada responsável.

No entanto, cumpre destacar o não atendimento do item IV, i (relato das medidas administrativas adotadas com vistas à elisão do dano e apuração da responsabilidade funcional do servidor) pela Comissão de TCE. Poderia o responsável ter sido citado ou intimado a se manifestar administrativamente.

No Relatório do Controle Interno, foi destacado que não foi identificada a inscrição dos responsáveis na conta contábil “diversos responsáveis” no cadastro de inadimplência, outra exigência não cumprida, mas que ainda pode ser regularizada.

[...]

O comando Acórdão 1280/2017 era para que se promovesse a apuração e quantificação do dano, bem como identificação dos responsáveis, a fim de apurar a totalidade dos encargos financeiros incidentes sobre o recolhimento em atraso das parcelas devidas referentes às contribuições previdenciárias, e o ressarcimento aos cofres públicos, por meio de instauração de TCE. O Termo de Acordo de Parcelamento e Confissão de Débitos Previdenciários – Acordo CadPrev 1226/2017 possui a relação das competências dos débitos de 12/2012 a 3/2017. Cumpre informar que o Relatório Complementar supriu a lacuna que existia no Relatório Final, que não apresentou o débito relativo ao período de 12/2016 a 3/2017, identificando responsáveis por período:
[...]

Ato contínuo, foram os autos encaminhados à Secretaria de Controle Externo de Previdência Social – Secex Previdência, para análise técnica conclusiva, que entendeu pela irregularidade das contas do Sr. Paulo Lemos Barbosa e do Sr. José Guilherme Gonçalves Aguiar, nos termos da ITC 4612/2019-9 (peça 68), conforme exposto adiante:

6.2 – Posto isso conclui-se opinando por:

6.2.1 Rejeitar as razões de justificativas e julgar irregulares as contas do Sr. PAULO LEMOS BARBOSA em razão da irregularidade descrita na seção 2.1 desta Instrução Técnica Conclusiva, condenando-o ao ressarcimento do valor equivalente a 883.676,49 VRTE ao erário, fundamentado no art. 84, III, “c”, “d” e “e” da Lei Orgânica do TCEES (LC Estadual 621/2012).

6.2.2 Rejeitar as razões de justificativas e julgar irregulares as contas do Sr. JOSÉ GUILHERME GONÇALVES AGUILAR em razão da irregularidade descrita na seção 2.1 desta Instrução Técnica Conclusiva, condenando-o ao ressarcimento do valor equivalente a 20.079,57 VRTE ao erário, fundamentado no art. 84, III, “c”, “d” e “e” da Lei Orgânica do TCEES (LC Estadual 621/2012).

GONÇALVES AGUILAR em razão da irregularidade descrita na seção 2.1 desta Instrução Técnica Conclusiva, condenando-o ao ressarcimento do valor equivalente a 20.079,57 VRTE ao erário, fundamentado no art. 84, III, “c”, “d” e “e” da Lei Orgânica do TCEES (LC Estadual 621/2012).

6.2.3 Em razão da irregularidade prevista na seção 2.1, sugere-se a aplicação de **multa** ao responsável Sr. **PAULO LEMOS BARBOSA**, com amparo nos arts. 1º, XXXII, 131, 132 e 135, II e III da Lei Orgânica do TCEES (LC Estadual 621/2012).

6.2.4 Em razão da irregularidade prevista na seção 2.1, sugere-se a aplicação de **multa** ao responsável Sr. **JOSÉ GUILHERME GONÇALVES AGUILAR**, com amparo nos arts. 1º, XXXII, 131, 132 e 135, II e III da Lei Orgânica do TCEES (LC Estadual 621/2012).

Anuindo integralmente os argumentos fáticos e jurídicos delineados na ITC 4612/2019-9, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (MPC), manifestou-se nos termos do Parecer 6062/2019-4 (peça 72) da lavra do procurador Luis Henrique Anastácio da Silva.

Na 45ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara realizada na data de 25/11/2020, foi realizada sustentação oral no presente processo. Foram juntadas Notas Taquigráficas 00260/2020 (peça 86) e encaminhados os autos à área técnica para análise.

Na Manifestação Técnica de Defesa Oral 0036/2021 (peça 89), o NPPREV - Núcleo de Controle Externo de Fiscalização de Pessoal e Previdência, opinou da seguinte forma:

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO 3.1 Levando em consideração as análises aqui procedidas e as motivações adotadas nestes autos, que versam sobre Tomada de Contas Especial, sugere-se manutenção da irregularidade apresentada, nos termos da Instrução Técnica Conclusiva nº 04612/2019-9, conforme a seguir:

3.1.1 Omissão no Ordenamento de Pagamento Tempestivo de Contribuição Previdenciária dando Causa à Cobrança Onerosa de Juros e Multas. (seção 4.1 da ITI 351/2019-3)

Base legal: Arts. 37, caput e § 5º e art. 40 da Constituição Federal de 1988; art. 927 do Código Civil Brasileiro. Responsáveis:

Identificação: PAULO LEMOS BARBOSA – Ex-Prefeito Municipal de Alegre (2013-2016)

Identificação: JOSÉ GUILHERME GONÇALVES AGUILAR - Ex-Prefeito Municipal de Alegre (2017-2020)

3.2 – Posto isso conclui-se opinando por:

3.2.1 Rejeitar as razões de justificativas e julgar irregulares as contas do Sr. PAULO LEMOS BARBOSA em razão da irregularidade descrita na seção 2.1 da Instrução Técnica Conclusiva nº 04612/2019-9, condenando-o ao ressarcimento do valor equivalente a 883.676,49 VRTE ao erário, fundamentado no art. 84, III, “c”, “d” e “e” da Lei Orgânica do TCEES (LC Estadual 621/2012).

3.2.2 Rejeitar as razões de justificativas e julgar irregulares as contas do Sr. JOSÉ GUILHERME GONÇALVES AGUILAR em razão da irregularidade descrita na seção 2.1 da Instrução Técnica Conclusiva nº 04612/2019-9, condenando-o ao ressarcimento do valor equivalente a 20.079,57 VRTE ao erário, fundamentado no art. 84, III, “c”, “d” e “e” da Lei Orgânica do TCEES (LC Estadual 621/2012).

3.2.3 Em razão da irregularidade prevista na seção 2.1, sugere-se a aplicação de multa ao responsável Sr. PAULO LEMOS BARBOSA, com amparo nos arts. 1º, XXXII, 131, 132 e 135, II e III da Lei Orgânica do TCEES (LC Estadual 621/2012).

3.2.4 Em razão da irregularidade prevista na seção 2.1, sugere-se a aplicação de multa ao responsável Sr. JOSÉ GUILHERME GONÇALVES AGUILAR, com amparo nos arts. 1º, XXXII, 131, 132 e 135, II e III da Lei Orgânica do TCEES (LC Estadual 621/2012).

O Ministério Público de Contas, através do Parecer 2273/2021 (peça 93), da lavra do procurador Luiz Henrique Anastácio Silva, anui à proposta contida na Manifestação Técnica de Defesa Oral 0036/2021.

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

II. FUNDAMENTOS

Trata-se de Tomada de Contas Especial decorrente do Acórdão TC 1280/2017, Processo TC 3356/2015, relativa à Prestação de Contas Anual do Instituto de Previdência e Assistência do Município de Alegre, do exercício de 2014, de responsabilidade da Sra. Leila Maria Donato Coelho – Diretora Executiva.

Da análise dos procedimentos apurados na Tomada de Contas Especial, verificou-se os seguintes indícios de irregularidade:

1. DOS INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES APONTADOS PELA ÁREA TÉCNICA

1.1 Omissão no Ordenamento de Pagamento Tempestivo de Contribuição Previdenciária dando Causa à Cobrança Onerosa de Juros e Multas. (seção 4.1 da ITI 351/2019-3)

Base legal: Arts. 37, caput e § 5º e art. 40 da Constituição Federal de 1988; art. 927 do Código Civil Brasileiro.

Responsáveis:

Identificação: **PAULO LEMOS BARBOSA** – Prefeito Municipal de Alegre (2013-2016)

Conduta: Deixar de ordenar o pagamento tempestivo de contribuição previdenciária dando causa à cobrança onerosa de encargos financeiros.

Nexo: Ao deixar de ordenar o pagamento tempestivo de contribuição previdenciária dando causa à cobrança onerosa de encargos financeiros, praticou ato de gestão antieconômico que implica em ressarcimento ao erário.

Culpabilidade: Era exigível conduta diversa por arte da autoridade pública, que deveria zelar pela saúde financeira do ente que gerenciava, valorizando os princípios da economicidade e da eficiência.

Identificação: **JOSÉ GUILHERME GONÇALVES AGUILAR** - Prefeito Municipal de Alegre (2017-2020)

Conduta: Deixar de ordenar o pagamento dando causa à cobrança onerosa de encargos financeiros.

Nexo: Ao deixar de ordenar o pagamento tempestivo de contribuição previdenciária dando causa à cobrança onerosa de encargos financeiros, praticou ato de gestão antieconômico que implica em ressarcimento ao erário.

Culpabilidade: Era exigível conduta diversa por parte da autoridade pública, que deveria zelar pela saúde financeira do ente que gerenciava, valorizando os princípios da economicidade e da eficiência.

Cinge-se a irregularidade apontada no Relatório Complementar da Tomada de Contas Especial na apuração do valor de R\$ 4.089.506,39 relativo ao ex-Prefeito Sr. Paulo Lemos Barbosa e de R\$ 74.452,64 relativo ao atual Prefeito sr. José Guilherme Gonçalves Aguilár, valores esses que se tratam de juros de multas decorrentes de o pagamento tempestivo de contribuição previdenciária.

Transcreve-se a memória de cálculo apontada na Instrução Técnica Conclusiva 4612/2019:

Quadro 1 – Imputação de débitos

PAULO LEMOS BARBOSA	PERÍODO 12/2012 A 12/2016
Atualização:	R\$ 1.842.067,82
Juros:	R\$ 2.018.935,51
Multa:	R\$ 228.503,06
Total:	R\$ 4.089.506,39

JOSÉ GUILHERME GONÇALVES AGUILAR	PERÍODO 12/2016 a 03/2017
Atualização:	R\$ 11.793,70
Juros:	R\$ 36.300,53
Multa:	R\$ 26.358,41
Total:	R\$ 74.452,64

Fonte: Processo TC 6293/2018

Ressalta-se que o relatório da Comissão da Tomada de Contas Especial afirma que não houve a comprovação de que os valores dos encargos financeiros relativos ao atraso do recolhimento das parcelas devidas ao Instituto de Previdência e Assistência do Município de Alegre, ou seja, juros e multas, foram ressarcidos aos cofres municipais.

Pautando-se pelos precedentes dos Acórdãos TC 1212/2017 – Plenário (Processo TC 3057/2014) e TC 1375/2018 – Plenário (Processo TC 1089/2013), a Peça posicionou-se pela exclusão dos valores referentes à atualização monetária.

Ao final elaborou-se uma tabela contendo uma memória de cálculo que, por meia desta, apurou-se os débitos de 883.676,49 VRTE, imputado ao Senhor Paulo Lemos Barbosa; e de 20.079,57 VRTE, imputado ao Senhor José Guilherme Gonçalves Aguilár.

A defesa do Senhor Paulo Lemos Barbosa, em síntese, apresentou os seguintes pontos em suas alegações: (i) inconstitucionalidade da Lei Municipal 3.120/2012 e do Decreto Municipal 8.482/2012 frente ao art. 195, § 5º da CF/1988; (ii) possibilidade de revisão do plano de amortização conforme os §§2º e 3º do art. 2º da Lei nº 3120/2010; (iii) cumprimento do § 2º do art.19 da Portaria MPS 403/2008 referente à análise da capacidade orçamentária e financeira; (iv) violação ao art. 16 da LRF; (v) violação ao art. 2º da Lei 9.717/1998;

Quanto à alegação do Senhor José Guilherme Gonçalves Aguiar, preliminarmente cabe destacar que o indício de dano ao erário imputado na ITI 351/2019 ocorreu no período de dezembro de 2016 a março de 2017. Sob essa perspectiva temporal, verifica-se que em sua defesa, não houve justificativa efetiva relacionada ao período apontado.

Na Instrução Técnica Conclusiva, a área técnica rejeitou os argumentos de defesa, uma a uma, opinando ao final pela rejeição das justificativas e por julgar as contas dos responsáveis irregulares, com imputação de ressarcimento no valor correspondente a 883.676,46 VRTE ao Sr. Paulo Lemos Barbosa e 20.079,57 VRTE ao Sr. José Guilherme Gonçalves Aguiar, bem como sugerindo a imputação de multa a ambos.

De posse dos autos, passo a expor minhas razões.

- **Preliminarmente - ilegitimidade de parte do Prefeito.**

Invocando as devidas vênias, discordo em parte do entendimento técnico e ministerial, pois percebo que em todas as irregularidades tratadas, apenas foram responsabilizados os prefeito e vice.

Note-se que estamos tratando de uma Tomada de Contas relativa à Prestação de Contas Anual do Instituto de Previdência e Assistência do Município de Alegre, do exercício de 2014, de responsabilidade da Sra. Leila Maria Donato Coelho – Diretora Executiva. E que em nenhum momento a gestora do Instituto de Previdência foi arrolada nos autos como responsável pelos débitos.

Sob este aspecto, entendo pela inexistência de matriz de responsabilidade no processo originário, pois não foram individualizadas as condutas da diretora do órgão e por via de consequência não se estabeleceu com a fidedignidade exigida, o nexo causal entre as ações e omissões.

Desse modo, em vista os fatos e pacíficos precedentes acumulados no âmbito deste Tribunal, nos quais entendeu-se pelo afastamento da responsabilidade dos gestores, em situações em que sequer foram citados os demais agentes para responder por suas ações/omissões, recaindo apenas para os Ordenadores tal responsabilidade como no caso concreto, deixo de reabrir a instrução processual, afastando a responsabilização dos apontados como responsáveis - processos TC 536/2006 (Acórdão 101/2017); TC 1989/2010 (Acórdão 232/2013); TC 5928/09 (Acórdão 304/13); TC 167/12 (Acórdão 231/13); TC 7384/12 (Acórdão 161/13); TC 4878/2003 (Acórdão 1796/2015); TC 3873/2005 (Acórdão 910/2016); TC 3674/2004 (Acórdão 896/2016); TC 8069/2007 (Acórdão 866/2017); TC 3541/2005 (Acórdão 548/2017); e TC 927/2006 (Acórdão 272/2017).

Deste modo, não se pode exigir que autoridade máxima de um Órgão examine todos os atos praticados pelos seus subordinados e antecessores, em homenagem ao princípio da segregação de funções, sobretudo, quando existe **responsabilidade** direta de outros agentes públicos, especialmente no caso de **desconcentração** administrativa, como na hipótese o Instituto de Previdência e Assistência do Município de Alegre.

Assim, entendo que a solução juridicamente adequada não pode ser outra senão seguir a jurisprudência dominante desta Casa, privilegiando-se o princípio da colegialidade, a força normativa dos precedentes e a segurança jurídica.

Nessa esteira, cabe fazer remissão à sistemática trazida pelo atual Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015) que

traça como diretriz a ser observada pelos Tribunais a formação de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente. Vejamos:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de **demandas repetitivas** e em julgamento de recursos extraordinário e especial **repetitivos**; IV - os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. [...] §4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos **repetitivos** observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Por fim, cumpre esclarecer, também com esteio na indigitada jurisprudência, não ser cabível a reabertura da instrução processual após decurso de excessivo lapso temporal, como é o caso dos autos, por ofensa a garantias constitucionais como a do contraditório, da ampla defesa e da duração razoável do processo, ante a inviabilidade de defesa acerca de fatos ocorridos há vários anos e da duração razoável do processo, insculpido no inciso LXXVII da Carta Magna, bem como os princípios básicos que regem as Normas de Auditoria Governamental – NAGs, notadamente as que se referem aos conceitos de priorização de auditorias (NAGs - 4205).

Sendo assim, entendo que deva ser considerado ilegítimo para figurar no polo passivo, no presente caso, o prefeito.

Quanto ao mérito, verifico que houve pagamentos previdenciários intempestivos.

Entretanto, percebo não haver intenção dos gestores em afetar negativamente o sistema contributivo, pois restou demonstrado por meio do Ofício 272/2019 – GABINETE PMA/SECRETARIA-GERAL DAS SESSÕES (Defesa/Justificativa 784/2019 – Evento 47), que a Lei Municipal 3.120/2010 instituiu plano de amortização para o equacionamento do déficit atuarial, à época no valor de R\$ 62.359.727,84.

Analisando a defesa do Sr. José Guilherme Gonçalves Aguiar verifico que se apresentou tabela contida no § 1º do art. 2º da referida Lei, que define para o ano de 2010 a alíquota suplementar de 16,27%, que se eleva ano a ano, até 2019, quando atinge o percentual de 37,69%, mantendo-se neste percentual até o ano de 2042. Verifico ainda que o Decreto Municipal 8.482/2012 alterou as alíquotas suplementares anteriormente previstas no plano de amortização do déficit atuarial instituído pela Lei Municipal 3.120/2010. As novas alíquotas foram definidas pela tabela anexa ao Decreto Municipal 8.482/2012, iniciando-se com a alíquota suplementar de 15,53% para o ano de 2012. De 2013 a 2032, a alíquota sofre um incremento ano a ano em seu percentual, findando em 84,65%, e mantendo-se neste percentual até o ano de 2045. Verifico que posteriormente, em 2013, o Decreto Municipal 8.482/2012 foi revogado pelo Decreto Municipal 9.067/2013 alterando a alíquota suplementar patronal para 11%.

Alegou também que, em sua gestão (administração 2017/2020), visou solucionar o problema causado pelo Prefeito anterior e, assim, enviou um projeto de lei pelo qual propunha a suspensão dos efeitos da Lei Municipal 3.120/2010.

Durante o período de suspensão, o município iria recolher a alíquota patronal de 11% e a suplementar de 11%.

O responsável alegou que seria providenciado um novo cálculo de déficit atuarial a ser amortizado por plano de amortização.

Segundo o responsável, a proposta de lei deu ensejo a publicação da Lei Municipal 3.425/2017, no seguinte teor:

Lei Municipal 3.425/2017

Art. 1º- Ficam sustados, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, todos os efeitos da Lei nº 3.120, de 01 de dezembro de 2010, que "INSTITUI O PLANO DE AMORTIZAÇÃO PARA EQUACIONAMENTO DO DÉFICIT ATUARIAL".

Parágrafo Único -Durante o período de sustação de que trata o caput deste artigo, o Município recolherá a alíquota Patronal de 11% (onze por cento) e a Alíquota Suplementar de 11% (onze por cento).

Art. 2º -No prazo estabelecido no art. 1º, o Município de Alegre-ES providenciará novo cálculo de eventual déficit atuarial a ser amortizado mediante plano de amortização, no qual será incluída a diferença da alíquota suplementar não recolhida no período de Sustação de que trata a presente Lei.

Com essa situação exposta, o responsável alegou que durante o período de sustação da Lei 3.120/2010, a Prefeitura providenciou a contratação de uma empresa especializada em Avaliação Atuarial, visando determinar o nível de contribuição dos segurados e do órgão empregador, o fundo de previdência necessário à manutenção dos benefícios previdenciários já concedidos e a conceder, e a evolução provável das despesas e receitas previdenciárias, demonstrada pelo fluxo financeiro-atuarial.

Desta avaliação surgiu a Lei Municipal 3.505/2018 que apresentou um novo plano de amortização.

Conforme apresentado pelo responsável, o art. 3º da referida Lei definiu a alíquota de 35,31% sobre a folha de ativos para o ano de 2018. De 2019 a 2028 a alíquota sofre um incremento, ano a ano, atingindo o pico de 83,10%. De 2028 a 2042, alíquota manteria tal patamar.

O responsável inclui em sua defesa explicações acerca dos acordos CADPREV 663/2018 e 1226/2017.

Quanto ao primeiro acordo alegou que os valores de diferença da alíquota suplementar devidos e não repassados ao RPPS, relativos ao período de sustação dos efeitos da Lei nº 3.120/2010 (04/2017 a 10/2017), foram contemplados por este Termo de Acordo de Parcelamento e Confissão de Débitos Previdenciários:

TERMO DE ACORDO DE PARCELAMENTO E CONFISSÃO DE DÉBITOS PREVIDENCIARIOS (ACORDO CADPREV Nº 00663/2018)

As partes acima identificadas firmam o presente Termo de Acordo de Parcelamento e Confissão de Débitos Previdenciários com fundamento na Lei nº 3.488/2018 e em conformidade com as cláusulas e condições abaixo:

Cláusula Primeira-Do Objeto

O INSTITUTO DE PREVIDENCIA E ASSISTENCIA DO MUNICIPIO DE ALEGRE-ES é CREDOR junto ao DEVEDOR Município de Alegre da

quantia de R\$ 2.577.592,27 (dois milhões e quinhentos e setenta e sete mil e quinhentos e noventa e dois reais e vinte e sete centavos), correspondentes aos valores de Diferença da Alíquota Suplementar devidos e ano repassados ao Regime Próprio de Previdência Social -RPPS dos servidores públicos, relativos ao período de 04/2017 a 10//2017, cujo detalhamento encontra-se no Demonstrativo Consolidado do Parcelamento - DCP anexo.

Quanto ao segundo acordo - CADPREV N° 01226/2017, o responsável alegou que este acordo se refere ao período de vigência do ilegal Decreto Municipal n° 9.067/2013 (01/2012 a 03/2017), em que o ex-Prefeito Municipal determinou o recolhimento dos valores da alíquota suplementar a menor sem quaisquer justificativas.

TERMO DE ACORDO DE PARCELAMENTO E CONFISSÃO DE DÉBITOS PREVIDENCIARIOS (ACORDO CADPREV N° 0122612017)

Cláusula Primeira-Do Objeto

O INSTITUTO DE PREVIDENCIA E ASSISTENCIA DO MUNICIPIO DE ALEGRE-ES é CREDOR junto ao DEVEDOR Município de Alegre da quantia de R\$ 16.907.032,28 (dezesesseis milhões, novecentos e sete mil e trinta e dois reais e vinte e oito centavos), correspondentes aos valores de contribuição patronal (200 meses) devidos e não repassados ao Regime Próprio de Previdência Social -RPPS dos servidores públicos, relativos ao período de 12/2012 a 03/2017, cujo detalhamento encontra-se no Demonstrativo Consolidado do Parcelamento-DCP anexo.

O responsável alegou que em virtude de um novo estudo atuarial, editou-se a Lei 3.540/2019. Segundo o responsável, a Lei em questão define em seu art. 3º os percentuais de alíquota suplementar.

A alíquota inicia-se no percentual de 37,69% para o ano de 2019, sofrendo incremento ano a ano, até atingir o percentual de 101,80% em 2031, mantendo-se nesse percentual até o exercício de 2042.

Em seus arrazoados finais, o responsável argumentou que a medida adotada foi a única alternativa para sanar os equívocos cometidos pelo ex-prefeito que durante 4 anos recolheu a menor os valores de alíquota suplementar.

Em outras palavras, o responsável afirmou que não foi o período de sustação dos efeitos da Lei Municipal 3.120/2010 (4/2015 a 10/2017) que intensificou o problema, mas o período de 1/2012 a 3/2017 de vigência do Decreto

Municipal 9.067/2013, quando ocorreu o recolhimento dos valores da alíquota suplementar a menor sem justificativa.

Alegou que a Prefeitura, em 28/9/2018, regularizou sua Certidão relativa a Contribuições Previdenciárias (CRP), até então pendente, desde 18/12/2012.

Portanto, considerando o exposto, o responsável requer o afastamento de todas as irregularidades apontadas com o arquivamento do presente feito. Em continuação, requer que seja afastada a aplicação de multa pessoal porque ausentes os requisitos mínimos previstos em lei.

Ressalta-se que foram acostadas cópias de leis, Decretos e demais informações atinentes a sua defesa (Peça Complementar 14914/2019 – Evento 48)

Já a defesa do ex-prefeito Sr. Paulo Lemos Barbosa afirma que a irregularidade apontada por este Tribunal decorreu da revogação do Decreto que fixava alíquotas referente ao pagamento de verba previdenciária suplementar, deixando de pagá-la.

Alegou que Lei Federal 9.717/1998, especificamente quanto ao inciso I do art. 1º, dispõe que o RPPS observará o critério de realização de avaliação atuarial inicial em cada balanço utilizando-se parâmetros gerais, para organização e revisão do plano de custeio e benefícios.

Em continuação apontou que a Portaria MPS 403/2008 regulamentou a referida Lei, prevendo medidas a serem adotadas pelos entes públicos quando da ocorrência de déficit atuarial, com a consequente adoção de plano de amortização para seu equacionamento, conforme dispõe o art. 19, §1º:

Art. 19. O plano de amortização indicado no Parecer Atuarial somente será considerado implementado a partir do seu estabelecimento em lei do ente federativo.

§1º O plano de amortização poderá consistir no estabelecimento de alíquota de contribuição suplementar ou em aportes periódicos cujos valores sejam preestabelecidos.

Isso posto, o Município de Alegre constatou a existência de déficit atuarial. Como consequência editou-se a Lei Municipal 3.120/2010, instituindo o plano de amortização para equacionamento de déficit atuarial que escolheu o modelo de alíquota suplementar progressiva no período de 35 (trinta e cinco) anos, fixada esta, inicialmente, no percentual de 16,27% (dezesesseis vírgulas vinte e sete por cento).

E que, posteriormente, diante de novo parecer atuarial, editou-se o Decreto 8.482/2012 que fixara a alíquota de 15,53% referente ao custo suplementar ante à revisão do plano de amortização instituído pela Lei Municipal 3.120/2010.

Alegou que, já na vigência de seu mandato, foi editado o Decreto 9.607/2013, que revogou o Decreto nº 8.482/2012, diante da constatação de ilegalidade na criação e fixação da alíquota referente contribuição previdenciária suplementar, para fins de amortização do déficit atuarial.

Nesse sentido, alegou que a Procuradoria Geral do Município de Alegre relatara que, quando o responsável era Prefeito, as dificuldades do Município decorriam do repasse ao órgão previdenciário Municipal de elevada alíquota de 17,14%, correspondentes à obrigação patronal somado à alíquota suplementar extorsiva, decorrente do último cálculo atuarial no patamar de 15,53%, totalizando 32,67%, só de parte da Administração.

Em seu arrazoado, argumentou que os valores calculados por obrigação à IPASMA eram absurdos e bem superiores à arrecadação com tributo da Receita Municipal.

Alegou que foram herdadas de gestões anteriores dívidas superiores a R\$ 15 milhões, e que nesse sentido, buscou-se melhorar a situação por meio de parcelamentos.

Alegou que a situação enfrentada pelo responsável à época era a seguinte:

o total de gastos com o recolhimento previdenciário por parte da Administração, referente ao valor patronal num determinado mês, caso fosse repassado na integralidade, alcançaria um total de R\$ 623.293,33 (seiscentos e vinte e três mil, duzentos e noventa e três reais e trinta e três centavos), bem superior a Receita Municipal em decorrência de seus tributos, isto é, R\$ 399.117,65 (trezentos e noventa e nove mil, cento e dezessete reais e sessenta e cinco centavos).

De mais a mais, a época o próprio Conselho Fiscal concluiu que legislação inerente ao Instituto com a revogação do Decreto Municipal nº 8.482/2012, que estabelecia a revisão do Plano de Amortização do Déficit Atuarial, que se deu em Novembro/12, pois as alíquotas que se encontram em vigor, antes dessa data, eram as que constavam na Lei Municipal 3.120/2010.

Nesse prumo, alegou-se que, quando no exercício do mandato de Prefeito, revogou o Decreto 8.482/2012 considerando ilegal a majoração da alíquota suplementar do Município por Decreto, elevando-a 17,14%. Entretanto, a Lei Municipal estabelecia a alíquota de 16,27%, ensejando uma inversão na hierarquia das leis.

Para o responsável, se prevalecesse a alíquota referente à majoração ficaria inviável, inclusive, o pagamento da folha de pessoal.

Assim, em sua defesa alegou que não houve ilegalidade no Decreto 9.067/2013, conforme mencionado na ITI, e que agiu nos termos da Lei, revisando o plano de amortização, ressaltando o que dispõem os §§2º e 3º do art. 2º da Lei nº 3120/2010:

“§2º O Plano de Amortização será revisto nas avaliações atuariais anuais, sendo sua revisão estabelecida por ato do chefe do Poder Executivo.

§3º O plano de amortização estabelecido em um exercício permanecerá em vigência até que seja procedida, mediante ato, a revisão anual de que se trata o §2º

Incluiu em sua justificativa a edição do Decreto 9.067/2013, consoante previsão legal de delegação, porque não havia previsão orçamentária e disponibilidade financeira para tanto.

Assim, a lei não dispunha de fonte de custeio, em desacordo com o art. 195, §5º da CF/1088, pelo qual dispõe que nenhum benefício poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Haveria dispensa de custeio, segundo o responsável, caso o benefício fosse criado diretamente pela Constituição, a exemplo da assistência ao deficiente físico e ao idoso.

Baseando-se na ausência de fonte de custeio para fins de alíquota suplementar, alegou a possibilidade Prefeito deixar de cumprir a Lei Municipal 3.210/2010, segundo jurisprudência do STF trazida aos autos, por considerá-la inconstitucional.

Nesse sentido, abordou o risco provocado pela reduzida importância dada ao equilíbrio financeiro e atuarial do RPPS, podendo comprometer, nesse contexto, outras políticas de interesse da sociedade.

Nessa linha de raciocínio apontou o risco de que se imponha uma alta carga tributária a pessoas estranhas ao RPPS para compartilhar o déficit.

Em outra análise apontou jurisprudência do STF no tocante a impossibilidade de dissociar a base contributiva de arrecadação da prévia indicação legislativa da dotação orçamentária exigida.

Com isso, concluiu que ao editar o Decreto 9.067/2013 porque não possuía o Município fonte de custeio total para arcar com as despesas previstas de forma aleatória e sem correspondentes nos orçamentos, exatamente nos termos do art. 195, §5º da CF/1988, e das jurisprudências emanadas do Supremo Tribunal Federal naquele momento.

Para o citado, a Lei Municipal 3.120/2010 não previu, como ordena a Constituição, o custeio total, razão pela qual embutiu em seus §§2º e 3º do art. 2º a possibilidade de aplicar a lei ou rever as avaliações atuariais anuais, desde que houvesse previsão orçamentária.

Alegou que a Lei Municipal 3.120/2010 descumpriu a redação original do §2º do art. 19 da Portaria MPS 403/2018 e a exigência de impacto orçamentário-financeiro, nos termos do art. 16, incisos I e II da LRF. Portanto, o Prefeito

agiu de acordo com a Lei, com o princípio da legalidade ao revogar o Decreto 8.482/2012.

Assim, ao editar o Decreto 9.067/2013, retornando a alíquota patronal de 22% entendeu cumprir a Lei 9.717/1998.

Por fim, tratou de concluir que não houve prejuízo aos cofres públicos e que o termo de acordo de parcelamento com o IPASMA não deveria ter sido celebrado.

Entendo pertinente realçar as inovações trazidas em abril de 2018, pela Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), regulamentada pelo Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, em que foram inseridas fortes alterações introduzidas pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, dentre elas a inclusão do art. 28, a saber: Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Como se vê, o dispositivo passou a condicionar a responsabilização do agente público à prática de ato doloso ou de ato contaminado por erro grosseiro, restringindo, com isso, as hipóteses de responsabilização de agentes públicos por atuação culposa. Muito embora o projeto de lei tenha tentado explicitar o significado da expressão “erro grosseiro”, sugerindo sua definição no §1º do art. 28, tal dispositivo foi vetado, restando ao aplicador do Direito a tarefa de interpretar este conceito que carrega o conteúdo jurídico indeterminado. É imperioso reconhecer que erro grosseiro é o contrário de erro escusável, sendo, portanto, injustificável por ofender conhecimentos ou deveres elementares e, mesmo que a lei não tenha dito, advém de uma ação culposa que pode ser decorrente de uma atitude imprudente, negligente ou imperita, e não de um mero equívoco justificável. Nesse sentido, é a lição dos professores Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas:

[...] O “erro grosseiro”, por sua vez, terá lugar quando o agente público incorrer em negligência, imprudência ou imperícia irrecusáveis no exercício de seu mister (por exemplo, quando expedir um ato administrativo de cassação de uma licença, com base numa legislação revogada). Não se trata de violar a probidade, por divergência de interpretações com o seu controlador, mas de atuar com menoscabo e com desídia para com a função pública.¹

¹ O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. Disponível

Esta noção de erro grosseiro está intimamente ligada ao de culpa grave e, sendo assim, revela que a inovação legislativa está em plena harmonia com o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, ao avaliar o elemento subjetivo do ato culposo de improbidade administrativa, tratado no art. 10, da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), firmou o mesmo pensamento:

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.615.025 - PE (2016/0189390-1)
RELATOR: MINISTRO SÉRGIO KUKINA AGRAVANTE: HAMILTON JEFFERSON CORREIA DE ALENCAR BARROS
ADVOGADOS: LEUCIO DE LEMOS FILHO - PE005807 CHRISTIANA LEMOS TURZA FERREIRA E OUTRO(S) - PE025183 AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO EMENTA PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 458, I E II, 459 E 515, CAPUT, § 1º, DO CPC/1973. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. SUPOSTA AFRONTA AO ART. 535, II, DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMANDO NORMATIVO. SÚMULA 284/STF. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. INVIABILIDADE, NO CASO CONCRETO. SÚMULA 7/STJ. [...] 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a atuação do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do art. 10. Precedente: EREsp 479.812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/09/2010 (julgado em 8/2/2018)

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.286.783 - RS (2011/0241410-6)
RELATOR: MINISTRO SÉRGIO KUKINA AGRAVANTE: M.L.GOMES ADVOGADOS ASSOCIADOS E OUTROS ADVOGADO: SALO DE CARVALHO E OUTRO(S) - RS034749 AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL INTERES.: ELMA MARIA ANDRADA LOPES ADVOGADO: EDUARDO HEITOR PORTO E OUTRO(S) - RS045729 INTERES.: JOÃO ANTÔNIO BELIZÁRIO LEME E OUTROS EMENTA PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PAGAMENTO DE VANTAGEM INDEVIDA A OFICIAIS DE JUSTIÇA. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ELEMENTO SUBJETIVO. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS SANÇÕES. PROPORCIONALIDADE DAS PENAS. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. 1. As instâncias ordinárias foram claras em especificar a existência de todos os elementos necessários à condenação pela prática de ato de improbidade administrativa, inclusive no que diz respeito ao elemento anímico vetor da conduta perpetrada pelos agentes condenados. 2. A jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a atuação do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10 (EREsp 479.812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em

em < <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opinio-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>> Acesso em 25/05/2018

25.8.2010, DJe 27.9.2010), circunstância que restou devidamente comprovada nos autos. (julgado em 27/2/2018)

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 409.591 - PB (2013/0342513-0) RELATORA: MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL AGRAVADO: LUIZ WALDVOGEL DE OLIVEIRA SANTOS ADVOGADOS: WALTER DE AGRA JUNIOR E OUTRO(S) - PB008682 ARTHUR MONTEIRO LINS FIALHO - PB013264 AGRAVADO: ALMIR CLÁUDIO DE FARIAS AGRAVADO: SÍLVIA KÁTIA JERÔNIMO AGRAVADO: MARIA DAS GRAÇAS TORRES DE MEDEIROS AGRAVADO: ANTÔNIO MARTINIANO DOS SANTOS ADVOGADO: JOÃO PINTO BARBOSA NETO - PB008916 AGRAVADO: VERTEX CONSTRUÇÕES E CONSULTORIA AMBIENTAL LTDA AGRAVADO: FABRÍCIO RAMALHO CAVALCANTI ADVOGADO: CLÁUDIO BASÍLIO DE LIMA E OUTRO(S) - PB009313 AGRAVADO: ARCO-ÍRIS CONSTRUTORA LTDA AGRAVADO: JOSÉ ROBERTO MARCELINO PEREIRA ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M INTERES.: UNIÃO EMENTA ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 9º, 10 E 11 DA LEI 8.429/92. IRREGULARIDADES EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. ACÓRDÃO QUE, EM FACE DOS ELEMENTOS DE PROVA DOS AUTOS, CONCLUIU PELA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATO ÍMPROBO E DO ELEMENTO SUBJETIVO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Agravo Regimental ajuizado contra decisão monocrática que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73. II. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem manteve sentença que, por sua vez, julgara improcedente o pedido, em Ação Civil Pública ajuizada pelo agravante, na qual postula, com fundamento nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, a condenação dos ora agravados pela prática de atos de improbidade administrativa, consubstanciados em irregularidades em procedimentos licitatórios, realizados pelo Município de Assunção/PB, para execução de obras custeadas com verbas oriundas de convênio firmado com o Ministério das Cidades.

III. Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10" (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, Documento: 61172580 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 16/11/2017 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça DJe de 28/09/2011). Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2014; REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/09/2014; AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2014. (julgado em 7/11/2017)

Na mesma linha do entendimento do STJ a respeito da culpa grave, vale também registrar o que preleciona Fábio Medina Osório sobre o elemento subjetivo do ato culposo de improbidade administrativa. Vejamos:

[...] culpa grave resulta da alta violação dos deveres objetivos de cuidado. Não tratamos, com efeito, de uma falta de observância qualquer dos deveres de uma boa administração, mas de enganos grosseiros, da culpa manifesta e graduada em degraus mais elevados, à luz da racionalidade que se espera dos agentes públicos e de padrões objetivos de cuidados².

Nota-se, então, que o art. 28 da LINDB está em consonância com entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrios. Assim, nos feitos submetidos a esta Corte, se identificada uma situação de dolo comprovado ou erro grosseiro ou, ainda, culpa grave, – requisitos exigidos pela LINDB que sinalizam a alta reprovabilidade e censurabilidade do ato praticado – autorizada estará a manutenção de sanções, uma vez que nestes casos, ausentes os elementos excludentes da culpabilidade e da ilicitude da conduta analisada, como a boa-fé expressada pela interpretação equivocada, embora plausível, dos fatos tidos por irregular. Na linha de inteligência da LINDB, passo a análise da defesa, quando da apreciação das irregularidades individualmente tratadas nos tópicos a seguir:

Nestas circunstâncias, ressalto os termos da Lei 13.665/2018, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), sancionada no dia 25 de abril passado, que alterou a antiga Lei de Introdução ao Código Civil, na qual foram introduzidos dez novos artigos, trazendo inovações importantes aos que detêm poder de decisão, com avaliação motivada com base no mundo real e não em abstrações jurídicas. Na hipótese vertente, me reporto especialmente ao artigo 22, com o qual o legislador quer evitar, com razão, que ao gestor sejam impostas ações de cumprimento inviável ou impossível. Portanto, a partir desta alteração legislativa o julgador em sua decisão deverá inteirar-se da situação do gestor e ter em conta a realidade, não bastando a alegação genérica que a ele cabe dar efetividade a políticas públicas, in verbis:

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

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração

² Teoria da Improbidade Administrativa, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 246-247

pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) Na linha de raciocínio apontada, reconheço os obstáculos e as dificuldades vivenciadas pelo gestor, em razão das exigências das políticas públicas habitualmente enfrentadas, agravada pela situação política e dos fenômenos naturais, que limitaram e/ou condicionaram a ação do agente em questão, circunstâncias atenuantes que devem ser ponderadas nesta decisão, nos termos do art. 22 da citada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Neste sentido, todos esses fatores me levam a decidir, neste caso concreto, que a não limitação de empenho e o conseqüente déficit orçamentário e financeiro, não pode ser analisado de forma isolada e desconsiderada as excludentes de culpabilidade evidenciadas nos autos. Portanto, ante as excludentes de culpabilidade evidenciadas, entendo que as irregularidades ora analisadas não se enquadram no conceito de erro grosseiro exposto no item II.4 deste voto, razão pela qual mantenho os indicativos de irregularidade, mas os considero passíveis de ressalva. Ressalta-se, porém, que as irregularidades deverão ser analisadas de forma conjunta.

Com efeito, o atual posicionamento jurisprudencial dos Tribunais entende que a Administração Pública está sujeita ao pagamento de multa, de juros e de correção monetária por atraso na quitação de seus débitos, responsabilizando-se os gestores públicos pelos pagamentos dos encargos financeiros frutos da falta de pontualidade na quitação de obrigações, determinando que o responsável restitua ao cofre do erário a quantia despendida com tal despesa, por considerar ilegal e ilegítima.

Todavia, nem sempre o atraso no cumprimento de obrigação é motivado por ato do gestor público. Na verdade, numa análise superficial e simplista qualquer pessoa diria que o gestor público é diretamente responsável pelo ressarcimento aos cofres do erário da quantia despendida com encargos financeiros conseqüentes do atraso de pagamento de obrigações. Contudo, temos ciência de que a Administração Pública é bastante complexa, envolvendo um conjunto de órgãos e entidades responsáveis pela realização da despesa pública.

É a partir da constatação da complexidade administrativa do setor público que, para se determinar a responsabilidade do gestor, deverá ser observada a sua atuação na condução da coisa pública, que nada mais é do que verificar a boa-fé ou não na prática de seu ato.

Nessa linha, no caso concreto, não restou demonstrado erro grosseiro ou descaso dos gestores, pois consta nos autos que tentaram sanar as pendências

previdenciárias porem em razão da alta materialidade do valor não conseguiram mesmo após as tentativas de vários parcelamentos e acordos.

Portanto, diante do caso concreto, entendo cabível a utilização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para a decisão do meu voto, conforme passo a fundamentar.

Proporcionalidade e razoabilidade não são temas novos, muito pelo contrário, já eram abordados pela filosofia na antiguidade. Aristóteles, ao tratar do sentido de equidade e suas respectivas relações com a justiça, definiu que o justo é uma espécie de termo proporcional:

Eis aí, pois, **o que é o justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção.** Desse modo, um dos termos torna-se grande demais e o outro demasiado pequeno, como realmente acontece na prática; porque o homem que age injustamente tem excesso e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco do que é bom. [g.n.]

(**Ética a Nicômaco**; Poética / Aristóteles; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 103)

O Direito Constitucional contemporâneo debruçou-se sobre o mesmo assunto que, para o doutrinador Uadi Lammêgo Bulos, tem estatura constitucional e é um dos cernes do devido processo legal, princípio cuja inteireza abarca diversos quadrantes da ordem jurídica como o direito à liberdade e à propriedade:

O princípio da razoabilidade, proporcionalidade ou proibição de excesso é o vetor por meio do qual o intérprete busca a adequação, a racionalidade, a idoneidade, a logicidade, o bom senso, a prudência e a moderação no ato de compreender os textos normativos, eliminando o arbítrio e o abuso de poder.

Os americanos o qualificativo razoabilidade; os alemães, proporcionalidade; os europeus, proibição de excesso. Todos esses termos são apropriados, pois computam ideia de prudência, sensatez, bom sendo, equilíbrio. Isso é o que interessa.

(**Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 691.)

A ordem jurídica instaurada pela Constituição Federal de 1988, consagrou princípios explícitos e implícitos derivados do devido processo legal de que trata o art. 5º, LIV da CF, entre os quais se encontram os princípios implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade:

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [g.n.]

Alinhada ao ordenamento pátrio, a Constituição do Estado do Espírito Santo também cuidou de direcionar a atuação dos órgãos da Administração pública segundo os mesmos princípios, fazendo-o, contudo, de maneira expressa:

Art. 32 As administrações públicas direta e indireta de quaisquer dos Poderes do Estado e dos Municípios obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, finalidade, interesse público, razoabilidade, proporcionalidade e motivação [...]:

Fábio Medina Osório afasta qualquer margem de dúvida a respeito da aplicabilidade de tais princípios às diferentes searas de atuação administrativa, quando afirma que “um princípio ou postulado intimamente conectado ao devido processo legal substancial é o da razoabilidade das leis, dos **atos jurisdicionais** e dos administrativos, que preside, por certo, toda a atividade estatal sancionadora”. Para Medina, deve-se exigir um devido processo legal proporcional e razoável, pois são princípios complementares e indissociáveis. E mais:

A razoabilidade é princípio que decorre da adoção do devido processo legal na ordem constitucional, eis que, com efeito, **ninguém será privado da liberdade ou de seus bens** sem o devido processo legal (art. 5º, IIV).

[...]

Privação de liberdade há de ser interpretada, aqui, do modo mais amplo possível. Não se trata de pena privativa de liberdade. Uma restrição a direitos políticos não é pena restritiva de liberdade, mas priva o agente do gozo de uma liberdade política, v.g., candidatar-se a cargos públicos, ou a cargos eletivos, ou usufruir do direito-dever de voto. Uma sanção que proíbe alguém de contratar com a Administração Pública, ou dela receber benefícios fiscais ou creditícios, subvenções por determinado período, atinge sua liberdade de contratar e de participar da vida negocial (g.n.).

(**Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 181)

Nesse mesmo sentido, a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999 tratou de ditar as diretrizes principiológicas a serem obedecidas pela Administração Pública, inclusive quando sua atuação se der no âmbito administrativo processual:

Art. 2º **A Administração Pública obedecerá**, dentre outros, **aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.**

Parágrafo único. **Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:**

I - **atuação conforme a lei e o Direito;**

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - **adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;**

VII - **indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;**

VIII - **observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;**

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. [g.n.]

Como se percebe, a privação da liberdade deve ser interpretada de forma ampla, merecendo, então, a mesma intensidade a privação de bens, na medida em que um processo administrativo que visa aplicar multa ou impor ressarcimento pode atingir os bens do indivíduo.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flávio Amaral Garcia decodificam outra questão relevante para os direitos e garantias constitucionais. Eles asseveram que ao não estabelecer seguro critério e devida apuração de proporcionalidade/razoabilidade, arrisca-se tolher outro legítimo direito, o de exercer qualquer trabalho, ofício ou profissão, que é a básica garantia individual expressamente assentada no inciso XIII, do art. 5º da Constituição Federal. Por isso:

É dever do aplicador da sanção (Estado Juiz ou Estado Administração) verificar a natureza da conduta praticada e o seu grau de reprovabilidade à luz dos princípios que informam a atuação daqueles que se relacionam com a Administração Pública ou que manejam recursos públicos.

(A **Principiologia no Direito Administrativo Sancionador**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico disponível em www.direitodoestado.com.br. Nº 28, novembro, dezembro, janeiro/2012. p. 7,9)

O Manual de Boas Práticas Processuais dos Tribunais de Contas publicado pela ATRICON – Associação e Membros de Tribunais de Contas do Brasil e pelo Instituto Rui Barbosa define o princípio da proporcionalidade da seguinte forma:

“O princípio da proporcionalidade deve ao Direito Administrativo a sua primeira aparição na Ciência Jurídica. Ainda na primeira metade do século passado, os administrativistas perceberam que a defesa da boa ordem da coisa pública, em especial quando se tratasse do exercício do Poder de Polícia, exigia uma intervenção estatal reguladora que não desbordasse da lógica da proporcionalidade. Lembrando uma velha figura de retórica cunhada por Fritz Fleiner, dizia-se que **a Administração Pública não poderia utilizar um canhão para abater um pequeno alvo.** De lá para cá, o tema proporcionalidade sofre grande evolução, tendo a doutrina e a jurisprudência, ainda em tempos recentes, cunhado alguns parâmetros para que, no caso concreto, fosse possível avaliar a eventual desproporcionalidade de certos atos administrativos.

O art. 1º, § 1º, da Lei Complementar 621, de 8 de março de 2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado) estabelece que na fiscalização e no julgamento de contas que lhe competem, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, a legitimidade, a economicidade, a eficiência, a eficácia, a efetividade, a **razoabilidade e a proporcionalidade** dos atos de gestão, das despesas deles decorrentes, bem como da aplicação de subvenção e da renúncia de receitas.

A meu ver, esta é a interpretação correta para o caso concreto, pois somente uma análise ponderada do conjunto das informações acima analisadas, permitirá que este Tribunal decida de forma proporcional, razoável e justa.

Por fim, nesse caso concreto, ante a ausência de erro grosseiro ou dolo por parte da agente responsável voto por excluir a responsabilidade dos gestores da obrigação de restituir a despesa com encargos financeiros decorrentes do atraso de pagamento de obrigação previdenciária.

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 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-751/2021-6

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. PRELIMINARMENTE, afastar a responsabilidade do Senhor **Paulo Lemos Barbosa**- Prefeito Municipal de Alegre (2013-2016) e do **JOSÉ GUILHERME GONÇALVES AGUILAR** - Prefeito Municipal de Alegre (2017-2020).

1.2. No mérito, **afastar as irregularidades** contidas nos itens 2.1 da ITC 4612/2019, para julgar **REGULARES** as contas do Instituto de Previdência e Assistência do Município de Alegre, do exercício de 2014, de responsabilidade da Sra. Leila Maria Donato Coelho – Diretora Executiva;

1.3. DAR CIÊNCIA aos interessados e ao MPC;

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

2. Unânime

3. Data da Sessão: 18/06/2021 – 27ª Sessão Ordinária da 1ª CÂMARA

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente/relator) Sebastião Carlos Ranna de Macedo e Rodrigo Coelho do Carmo.

CONSELHEIRO SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Presidente

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões