



Acórdão 01274/2021-5 - Plenário

Processos: 04549/2020-8, 02736/2017-2

Classificação: Recurso de Reconsideração

UG: PMMF - Prefeitura Municipal de Muniz Freire

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Interessado: EDILZA MARIA MARTINS BELLO, CARLOS BRAHIM BAZZARELLA, ANDREA MARIA AFFONSO AREAS, CELIO MARQUES CASSA, DIOGO RAMIRO PIRES MARTINS, MARGARET BICALHO MACHADO, MARIA LUIZA GUIMARAES, ROSANGELA APARECIDA DE CASTRO CARMO, DIONES ROBERTO DA SILVA, DULCINEA FAVORETO, JOSIMAR MORGADO DE ARAUJO, MARIA JOSE FELETTI BOLZAN VIEIRA, RITA DE CASSIA AGUILAR BATISTA

Recorrente: PAULO FERNANDO MIGNONE

Procuradores: RICARDO TEDOLDI MACHADO (OAB: 11065-ES), FELIPE OSORIO DOS SANTOS (OAB: 6381-ES), VITOR RIZZO MENECHINI (OAB: 10918-ES), ALINE DUTRA DE FARIA (OAB: 12031-ES), NUBIA DE ARAUJO PASTORE FAVORETO (OAB: 9831-ES)

RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO – PREFEITURA MUNICIPAL DE MUNIZ FREIRE – DAR PROVIMENTO PARCIAL – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

1. RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso de Reconsideração interposto em nome do Sr. Paulo Fernando Mignone, em face do Acórdão TC 655/2020-3 – 1ª Câmara, prolatado no processo TC 2736/2017, cuja parte dispositiva teve a seguinte redação:

1. ACÓRDÃO

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

1.1. AFASTAR a PRELIMINAR de mérito suscitada pelo senhor Célio Marques Cassa, Procurador Jurídico Municipal, mantendo sua responsabilização;

1.2. MANTER AS SEGUINTE IRREGULARIDADES, apontadas na Instrução Técnica Inicial 0008/2018:

1.2.1 Lotação de servidor em desvio de função e de finalidade (Item 3.1 da Instrução Técnica Conclusiva 1920/2019-6)

Base legal: Art. 37, caput e inciso II, da CF e art. 32, caput, da Constituição Estadual, e art. 2º, alínea e, e parágrafo único, alínea e, da Lei 4.717/1965

Responsável:

Paulo Fernando Mignone - Prefeito do Município de Muniz Freire

1.2.2 Incorporação e pagamento de gratificação por ato sem motivação e sem amparo em lei específica (Item 3.2 da Instrução Técnica Conclusiva 1920/2019-6)

Base legal: Art. 37, caput e X da CF, art. 32, caput e XVI da Constituição Estadual

Responsáveis

Paulo Fernando Mignone - Prefeito do Município de Muniz Freire

Célio Marques Cassa – Procurador Municipal de Muniz Freire

Margareth Bicalho Machado – Procuradora Municipal de Muniz Freire

Valor do Ressarcimento: 18.927,21 VRTE

1.2.3 Admissão de servidor sem aprovação em concurso público (Item 3.3 da Instrução Técnica Conclusiva 1920/2019-6)

Base legal: Art. 37, II da Constituição Federal.

Responsável:

Paulo Fernando Mignone - Prefeito do Município de Muniz Freire

1.2.4 Prorrogação de vigência de contrato sem termo aditivo e sem justificativa (Item 3.4 da Instrução Técnica Conclusiva 1920/2019-6)

Base legal: Art. 37, II e IX da Constituição Federal

Responsáveis:

Paulo Fernando Mignone - Prefeito do Município de Muniz Freire

Maria Luiza Guimarães – Secretária Municipal de Administração

1.2.5 Pagar, autorizar ou receber salário enquanto servidor está em gozo de benefício previdenciário pelo regime geral (Item 3.5 da Instrução Técnica Conclusiva 1920/2019-6)

Base legal: Arts. 59 a 63 da Lei 8.213/91 e 201, I da Constituição Federal e os princípios da legalidade estrita e probidade administrativa – art. 37 caput e § 4ª da CF.

Responsáveis:

Paulo Fernando Mignone - Prefeito do Município de Muniz Freire

Andrea Maria Affonso Areas – Servidora temporária

Valor do ressarcimento: 13.822,36 VRTE

1.2.6 Conceder licença remunerada e pagar vencimentos a servidor público após o 15º dia de afastamento por incapacidade laboral (Item 3.6 da Instrução Técnica Conclusiva 1920/2019-6)

Base legal: Arts. 59 a 63 da Lei 8.213/91 e art. 201, I, da Constituição Federal e os princípios da legalidade estrita e probidade administrativa – art. 37, caput e § 4ª, da CF.

Responsáveis:

Paulo Fernando Mignone - Prefeito do Município de Muniz Freire

Diogo Ramiro Pires Martins – Secretário Municipal de Administração

Valor do Ressarcimento: 15.178,51 VRTE

1.3. REJEITAR as razões de justificativas e **JULGAR IRREGULARES** as contas do senhor **Paulo Fernando Mignone**, em razão das manutenção das irregularidades dispostas nos **itens 1.2.1, 1.2.3 e 1.2.4** acima (itens 3.1, 3.3 e 3.4 da Instrução Técnica Conclusiva 1920/2019-6) com amparo no art. 84, III, “c” e “d” da LC 621/2012, aplicando **multa de R\$ 3.000,00** ao responsável com amparo no artigo 135, incisos II e III da LC 621/2012, na forma do art. 389, III do RITCEES; bem como pelo cometimento de irregularidades que causaram dano ao erário, dispostas nos **itens 1.2.2, 1.2.5 e 1.2.6** acima (itens 3.2, 3.5 e 3.6 da Instrução Técnica Conclusiva 1920/2019-6) com amparo no art. 84, III, “c” e “d” e “e” da LC 621/2012, da LC 621/2012, **condenando-o ao ressarcimento** do valor de **47.928,08 VRTE**, de **forma solidária** aos responsáveis indicados no quadro abaixo:

--	--	--

Célio Marques Cassa	1.2.2	11.388,26
Margareth Bicalho Machado	1.2.2	7.538,95
Andrea Maria Affonso Areas	1.2.5	13.822,36
Diogo Ramiro Pires Martins	1.2.6	15.178,51

1.4. Rejeitar as razões de justificativa e **JULGAR IRREGULARES** as contas da senhora **Margareth Bicalho Machado**, pelo cometimento de irregularidade que causou dano ao erário, disposta nos **item 1.2.2** acima (item 3.2 da Instrução Técnica Conclusiva 1920/2019-6) com amparo no art. 84, III, “c” e “d” e “e” da LC 621/2012, aplicando **multa de R\$ 1.000,00** ao responsável com amparo no artigo 135, incisos II e III da LC 621/2012, na forma do art. 389, III do RITCEES, **condenando-a ao ressarcimento** do valor de **7.538,95 VRTE**, de forma solidária com o senhor Paulo Fernando Mignone;

1.5. Rejeitar as razões de justificativa e **JULGAR IRREGULARES** as contas do senhor **Célio Marques Cassa**, pelo cometimento de irregularidade que causou dano ao erário, disposta nos **item 1.2.2** acima (item 3.2 da Instrução Técnica Conclusiva 1920/2019-6) com amparo no art. 84, III, “c” e “d” e “e” da LC 621/2012, aplicando **multa de R\$ 1.500,00** ao responsável com amparo no artigo 135, incisos II e III da LC 621/2012, na forma do art. 389, III do RITCEES, e **condenando-o ao ressarcimento** do valor de **11.388,26 VRTE**, de forma solidária com o senhor Paulo Fernando Mignone;

1.6. Rejeitar as razões de justificativa e **JULGAR IRREGULARES** as contas da senhora **Andrea Maria Affonso Areas**, pelo cometimento de irregularidade que causou dano ao erário, disposta nos **item 1.2.5** acima (item 3.5 da Instrução Técnica Conclusiva 1920/2019-6) com amparo no art. 84, III, “c” e “d” e “e” da LC 621/2012, aplicando **multa de R\$ 1.500,00** ao responsável com amparo no artigo 135, incisos II e III da LC 621/2012, na forma do art. 389, III do RITCEES, **condenando-a ao ressarcimento** do valor de **13.822,36 VRTE**, de forma solidária com o senhor Paulo Fernando Mignone;

1.7. Rejeitar as razões de justificativa e **JULGAR IRREGULARES** as contas do senhor **Diogo Ramiro Pires Martins**, pelo cometimento de irregularidade que causou dano ao erário, disposta nos **item 1.2.6** acima (item 3.6 da Instrução Técnica Conclusiva 1920/2019-6) com amparo no art. 84, III, “c” e “d” e “e” da LC 621/2012, aplicando **multa de R\$ 1.500,00** ao responsável com amparo no artigo 135, incisos II e III da LC 621/2012, na forma do art. 389, III

do RITCEES, **condenando-o ao ressarcimento** do valor de **15.178,51 VRTE**, de forma solidária com o senhor Paulo Fernando Mignone;

1.8. PROCEDER A DESCONVERSÃO do processo de tomada de contas especial em **processo de fiscalização**, para a Sra. **Maria Luiza Guimarães** na forma do art. 329, §8º do RITCEES, e **aplicar multa de R\$ 500,00** à responsável com amparo no artigo 114 parágrafo único c/c art. 84, III, “c” e “d” da LC 621/2012 e art.135, II da LC 621/2012, na forma do art. 389, II do RITCEES;

1.9. DAR CIÊNCIA ao denunciante, nos termos do art. 307, §7º da Resolução TC nº 261/2013;

1.10. ARQUIVAR os presentes autos, após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 31/07/2020 – 14ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

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

5. Ficam os responsáveis obrigados a comprovarem perante o Tribunal o recolhimento do débito e/ou da multa aplicada, no prazo de trinta dias, contados a partir da publicação deste Acórdão, nos termos do art. 454, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal. Quando cabível recurso, os prazos para interposição encontram-se previstos no Título VIII do mesmo diploma normativo.

Encaminhados os autos para o Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC, foi elaborada a Instrução Técnica de Recurso ITR 185/2021-9, com proposta de encaminhamento pelo conhecimento e, no mérito, pelo provimento parcial do recurso interposto.

Em seguida, manifestou-se o Ministério Público de Contas por meio do Parecer 4782/2021-9, pugnando pelo desprovimento do recurso.

Pautado o processo para a sessão para a 56ª Sessão Ordinária Plenária (Virtual) de 21/10/2021, foi realizada sustentação oral pelo representante do recorrente, bem como foi juntada petição intercorrente contendo memórias escritas.

Após, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

À luz dos arts. 395, 396 e 405 da Resolução TC 261/2013, bem como de outras normas jurídicas referentes à admissibilidade recursal, depreende-se que a análise dos pressupostos recursais passa pela verificação, no caso concreto, da tempestividade, da capacidade da parte, do interesse recursal, da legitimidade processual, da regularidade formal, do cabimento do recurso, bem como da inexistência de fato impeditivo ou extintivo da faculdade de recorrer.

No presente caso, em consonância com a análise empreendida na ITR 185/2021-9, verifico o preenchimento de todos os requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve o recurso interposto ser conhecido.

2.2. DO MÉRITO RECURSAL

Da análise dos autos, verifico que o Recorrente, por meio do recurso interposto, aponta a ocorrência de possível *error in iudicando* no Acórdão TC 655/2020-3 – 1ª Câmara, requerendo, dessa forma, a reforma do referido acórdão em relação aos itens abaixo assinalados.

2.2.1. DA LOTAÇÃO DE SERVIDOR EM DESVIO DE FUNÇÃO E FINALIDADE

Em relação a este primeiro item combatido por meio do recurso interposto, o recorrente alega, em síntese, não haver motivo juridicamente justificável para a sua responsabilização ante a imputação de ter praticado a conduta de autorizar lotação, ainda que em exercício provisório, de servidor público em local com atividades não compatíveis com seu cargo efetivo, o que teria caracterizado, supostamente, desvio de função e burla à finalidade do concurso público, em ofensa à legislação que disciplina a matéria.

Alega ter sido induzido pelas secretarias de governo com competência técnica para tratar da matéria especializada (Secretaria de Administração e Procuradoria Jurídica), de modo que apenas consolidou o entendimento prévio por elas firmado sobre a questão.

Afirma a inexistência de dolo, erro grosseiro ou culpa grave em sua conduta, bem como de ter atuado originariamente, voluntariamente e isoladamente na lotação da servidora e das condutas indicadas na fundamentação da ITC 1920/2019, quais sejam, autorizar ou ordenar ato supostamente irregular.

Informa que o referido credenciamento ocorreu por não haver servidor suficiente para as atividades, eis que, no último concurso, das vagas ofertadas, apenas uma havia sido preenchida e, por ter ultrapassado o limite de gastos com pessoal, não era possível a contratação de novos servidores.

Afirma que não houve extinção do cargo e declaração de sua desnecessidade ou a disponibilização da servidora porque o município manteve o laboratório funcionando, considerando a possibilidade de uma rescisão contratual com os laboratórios credenciados ou aumento da demanda e, assim, a necessidade de servidor para atuar no laboratório municipal.

Expõem que, devido a experiência da servidora, em diversos cargos por ela ocupados anteriormente, os setores administrativos, com competência para matéria, entenderam por recomendar/realizar sua lotação na Procuradoria Jurídica, em caráter provisório e excepcional.

A respeito dessas questões, adentrando propriamente ao mérito recursal, vejo que as alegações ofertadas na peça inicial não merecem prosperar, sendo esta uma conclusão decorrente principalmente da clareza dos fatos descritos no âmbito do processo TC 2736/2017-2, assim como do entendimento legal, doutrinário e do farto posicionamento jurisprudencial sobre o tema afeto ao desvio de função, tratados de forma detalhada e fundamentada na ITR 185/2021-9, que acolho integralmente como razões de decidir, destacando os trechos abaixo:

[...]

Análise

Inicialmente, observa-se que o teor do presente recurso é o mesmo já apresentado em sede de defesa.

A irregularidade em questão refere-se a desvio de função.

Sobre a matéria ensina José dos Santos Carvalho Filho¹:

O cargo, ao ser criado, já pressupõem as funções que lhe são atribuídas. Não pode ser instituído cargos com funções aleatórias ou indefinidas: é a prévia indicação das funções que confere garantia ao servidor e ao Poder Público. Por tal motivo, é ilegítimo o denominado *desvio de função*, fato habitualmente encontrado nos órgãos administrativos, que consiste no exercício, pelo servidor, de funções relativas a outro cargo, que não o que ocupava efetivamente. Nem a insuficiência de servidores na unidade administrativa justifica o desvio de função. Cuida-se de uma corruptela no sistema de cargos e funções que precisa ser coibida, para evitar falsas expectativas do servidor e a instauração de litígios com o escopo de permitir a alteração da titularidade do cargo. Na verdade, o desvio de função não se convalida, a não ser em situações excepcionais autorizadas em lei, mas o servidor deve ser indenizado, quando couber, pelo exercício das funções do outro cargo, e a autoridade administrativa deve ser responsabilizada pela anomalia, inclusive porque retrata improbidade administrativa.

O desvio ilegal de função fere os princípios constitucionais da legalidade, moralidade e obrigatoriedade do concurso público, e conseqüentemente, caracteriza ato de improbidade administrativa.

A regra constitucional para acessibilidade na Administração Pública é a realização de concurso público, salvo a nomeação dos cargos em comissão e a permissão concedida à União, aos Estados e aos Municípios para edição de leis que estabeleçam os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária e de excepcional interesse público, o que não ocorre nos autos.

Conforme os documentos acostados aos autos², bem como noticiado pelo próprio recorrente, quando da citação³, a servidora Rosangela Aparecida de Castro Carmo, quando já empossada no cargo de Técnica em Laboratório, foi alocada na procuradoria jurídica para o exercício de atividades administrativas, atribuições diversas do cargo ocupado pela servidora, configurando desvio de função.

As circunstâncias fáticas que motivaram o desvio de função apresentadas pelo recorrente em seu recurso, qual seja, pequena demanda no laboratório da municipalidade; a necessidade de

¹ CARVALHO FILHO, José. *Manual de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2018. P. 729 e 730.

² Evento 24, p. 27 a 39, Evento 25, p. 42 e 43 Do Processo TC 2736/2017.

³ Evento 126 do Processo TC n.º 2736/2017.

serviços na procuradoria jurídica, impossibilidade de realizar concurso público devido o limite de gasto com pessoal está fora dos parâmetros e, tampouco a **experiência anterior da servidora não se enquadra na situação de excepcionalidade e transitoriedade.**

O **Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que apenas em circunstâncias excepcionais previstas em lei admite-se que o servidor público desempenhe atividades diversas daquela de seu cargo,** bem como que a **insuficiência de servidores na unidade administrativa não justifica o desvio de função:**

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDATO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. EXERCÍCIO DE ATIVIDADES DISTINTAS DO CARGO DE ESCREVENTE TÉCNICO JUDICIÁRIO. ILEGALIDADE. RECURSO EM MANDATO DE SEGURANÇA PROVIDO. 1. **O administrador deve agir de acordo com o que estiver expresso em lei,** devendo designar cada servidor para exercer as atividades que correspondam àquelas legalmente previstas. 2. **Apenas em circunstâncias excepcionais previstas em lei** poderá o servidor público desempenhar atividades diversas daquelas pertinente ao seu cargo. 3. Apesar da **alegação do recorrido, referente ao número insuficiente de servidores na Controladoria Judicial, não é admissível que o recorrente exerça atribuições de um cargo tendo sido nomeado para outro,** para o qual fora aprovado por meio de concurso público. 4. Recurso em mandato de segurança provido. (STJ-RMS 37.248 – SP 2012/0039300-1, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Data de julgamento: 27/08/2013, T2 – Segunda Turma, Data de publicação: DJe 04/09/2013).

Não foi apresentada pelo recorrente lei municipal que regulamentasse as circunstâncias excepcionais que autorizariam a servidora exercer atribuição diversa de seu cargo.

O exercício provisório, instituto importado da Lei 8.112/90 pela Administração⁴, eis que inexistente na legislação municipal, não legitima o desvio de função, pois está condicionado à execução, pelo servidor, de atividades compatíveis com as atribuições de seu cargo.

O argumento de que a lotação da servidora na procuradoria era prática regular e natural em anos anteriores a sua gestão não o socorre, pois conforme documentos acostado aos autos⁵, o desvio de função iniciou-se na gestão do recorrente, em 02 de outubro de 2015, quando, após a exoneração do cargo em comissão de Coordenador nível 2 (Decreto 6614/2015), a servidora foi lotada na procuradoria jurídica (Decreto 6660/2015).

Segundo os documentos dos autos, em período anterior à posse no cargo de Técnico em Laboratório, ocorrido em 4 de janeiro de 2011, a servidora ocupava o cargo de escriturária. De

⁴ Decreto 6660/2015 e Parecer de 24 de setembro de 2015 (evento 25, p. 68 a 69 do Processo TC 2736/2017).

⁵ Evento 24, p. 27 a 39 do Processo TC 2736/2017

acordo com o atestado de exercício⁶, após a referida posse, a servidora entrou em exercício na secretaria municipal de saúde e, de 2 de março de 2011 até 01 de outubro de 2015 exerceu o cargo comissionado de Coordenador nível 2 (Decretos n.º 5217/2011 e n.º 6614/2015), não se evidenciando nestes períodos o desvio de função.

A ITI 08/2018 imputou a responsabilidade ao recorrente, apontando as seguintes condutas e nexos de causalidade:

Conduta: Autorizar lotação, ainda que em exercício provisório, de servidor público em local que não possua atividades a serem desenvolvidas compatíveis com o cargo que ocupa, caracterizando desvio de função e burla do concurso público, desrespeitando o princípio da finalidade e do concurso público (artigos 37, caput e II da CF, e 32, XVI da CE e 2º, e e parágrafo único, e da Lei 4.717/1965).

Nexo causal: Ao ordenar a lotação de servidor em desvio de função e finalidade, infringiu o concurso público, empregando servidor em local distinto daquele para o qual foi aprovado em certame público, ofendendo diretamente o princípio da finalidade e do concurso público e artigos 37, caput e II da CF, e 32, XVI da CE e 2º, e parágrafo único, e da Lei 4.717/1965.

Verifica-se nos autos⁷ ser o recorrente signatário do Decreto n.º 6660/2015 que alocou a então servidora em exercício provisório na procuradoria do município.

No direito administrativo, a assinatura nos documentos vincula a responsabilidade de seu autor, devendo serem apreciadas a participação e as circunstâncias em que atuou. Neste sentido, citamos jurisprudência do TCU:

Boletim de Jurisprudência 151/2016.

Acórdão 2781/2016 – Plenário

Processo 630/2012

Relator: Ministro Benjamin Zymler.

A assinatura do agente público é condição de eficácia do ato administrativo e de vinculação de responsabilidade do signatário, não podendo ser considerada mera formalidade administrativa, mas instância de controle dos gastos públicos.

Acórdão TCU 4318/2008 – Primeira Câmara.

⁶ Evento 25, p. 66 do Processo TC 2736/2017

⁷ Evento 24, p. 39 do Processo TC 2736/2019.

Processo 018.651/2003-7

Relator: Ministro Valmir Campelo:

O fato de o responsável praticar ato abrangido em sua competência regimental, por si só, não torna o ato legal. A competência é apenas um dentre muitos requisitos necessários à legalidade do ato. **Alegar que os processos eram encaminhados para o ordenador de despesas, após percorrerem toda a tramitação necessária, sob a orientação, condução e supervisão da Procuradoria Distrital, não exime a responsabilidade do ordenador.** A participação de vários agentes é um método de controle amplamente utilizado, tanto no setor público quanto no privado. Conforme a importância de um ato ou decisão, maior o número de responsáveis chamados a participar da operação. Cada agente tem sua atuação específica e é responsável por sua ação. **Quem de fato, autoriza os atos administrativos é quem os assina: sem assinatura do ordenador de despesa, não há gestão de recursos financeiros do órgão.** Quem assina um documento é responsável pelos seus efeitos; se vários agentes colaboraram para a irregularidade, são solidariamente responsáveis. **A assinatura do administrador público em contratos, convênios, empenhos, ordens bancárias, cheques e demais instrumentos de administração não é meramente decorativa; tem por função garantir a responsabilidade do assinante.**

A Lei Municipal n.º 1810/2006, em seu art. 43, atribui ao chefe do poder executivo o dever de autorizar a lotação dos servidores, vedando expressamente o desvio de função.

Percebe-se que o legislador incumbiu ao prefeito municipal o dever de controle da legalidade da locação dos servidores:

Art. 43 O afastamento de servidor do órgão em que estiver lotado, para ter exercício em outro, só se verificará mediante prévia autorização do Prefeito Municipal de Muniz Freire, para fim determinado e por prazo certo.

Parágrafo único. Atendido sempre o interesse do serviço, o Prefeito Municipal de Muniz Freire poderá alterar a lotação do servidor, ex-officio ou a pedido, desde que não haja desvio de função ou alteração de vencimento do servidor.

Decorre do poder dever de hierarquia o controle e correção das atividades administrativas. Segundo ensinamentos de Hely Lopes Meirelles⁸:

O poder hierárquico tem por objetivo ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas, no âmbito interno da Administração Pública. Ordena as atividades da Administração, repartindo e escalonando as funções entre os agentes do

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. BURLE FILHO, José Emmanuel e outros. Direito Administrativo Brasileiro. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 216

Poder, de modo que cada um possa exercer eficientemente seu encargo; coordena, entrosando as funções no sentido de obter o funcionamento harmônico de todos os serviços a cargo do mesmo órgão; controla, velando pelo cumprimento da lei e das instruções e acompanhando a conduta e o rendimento de cada servidor; corrige os erros administrativos, pela ação revisora dos superiores sobre os atos dos inferiores. Desse modo, a hierarquia atua como instrumento de organização e aperfeiçoamento do serviço e age como meio de responsabilização dos agentes administrativos, impondo-lhes o dever de obediência.

A lei municipal 1.132/90 (Estatuto dos servidores de Muniz Freire), em seu art. 69 e a Constituição Federal, art. 40, § 3º determinam que em caso de extinção do cargo ou a declaração de sua desnecessidade o servidor deve ser colocado em disponibilidade, nos seguintes termos:

Lei Municipal 1132/90

Art. 69 - Extinto o cargo ou declarada pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o servidor público ficará em disponibilidade remunerada, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço e com as vantagens permanentes que estiver percebendo.

Parágrafo Único. Restabelecido o cargo, ainda que modificar a sua denominação, será obrigatoriamente nele aproveitado o servidor posto em disponibilidade.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

(...)

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

[...]

Assim, era dever do gestor verificar a legalidade das decisões que emanou. Cabia-lhe confrontar o ato praticado com as disposições constitucionais e legais vigentes, o que lhe permitiria ter plena ciência da irregularidade iminente. Neste sentido, citamos o Acórdão TCU 2158/2015:

É dever do administrador público observar a conveniência, a oportunidade e as leis de regência que incidem sobre o objeto de seu ato ou de sua tomada de decisão, não estando vinculado a decidir na mesma linha dos atos e

procedimentos da área técnica de seu órgão ou entidade. (Acórdão TCU – Plenário 2158/2015, Relator: Marcos Bemquerer). – nosso grifo.

E, desse modo, não o socorre o argumento de se tratar de matéria específica da área de Secretaria de Administração e da Procuradoria. Ademais, verifica-se nos documentos dos autos⁹ que o recorrente, em exercícios anteriores, já havia exercido o cargo de Secretário Municipal de Administração de Muniz Freire, portanto, conhecedor da matéria.

Assim, considerando as condições e conhecimentos do gestor, as circunstâncias fáticas dos autos, não seria difícil para o gestor observar a incompatibilidade do cargo ocupado pela servidora (técnico de laboratório) com a sua locação na procuradoria jurídica, e da vedação constitucional e da própria legislação municipal.

Pelo exposto, a responsabilidade decorre da conduta de autorizar a locação em contrariedade a legislação pertinente, em especial aos princípios da legalidade, e obrigatoriedade do concurso público, e da literalidade da lei municipal 1810/2006 e da Constituição Federal, deixando de atuar com zelo e diligência exigida pelo cargo que ocupava, configurando erro grosseiro, passível de responsabilização por esta Corte de Contas.

Lembramos que a intenção do autor não é requisito para responsabilização perante a Corte de Conta. Basta, para tanto, ter contribuído para a consumação da irregularidade, em uma conduta culposa. Nem sempre o agente quer produzir um resultado danoso, nem sempre tem a intensão de praticar o ato ilícito, mas por não adotar a conduta adequada, acaba por fazendo-o.

Neste Contexto, corroboramos com a Instrução Técnica Conclusiva 1920/2019, adotado pelo Acórdão TC 655/2020 como razão de decidir, que ao analisar as circunstâncias fáticas, demonstrou a responsabilidade do recorrente, transcrevemos:

De acordo como se extrai da justificativa do gestor do Município, a servidora pública municipal Rosangela Aparecida de Castro Carmo, ocupante do cargo de escriturária na prefeitura, foi nomeada por concurso público para atividades no laboratório de análises clínicas do município e que caberia ser lotada na Secretaria Municipal de Saúde. Entretanto, o laboratório precisava de dois profissionais para funcionar, ocorrendo que, no concurso públicode ingresso da servidora no cargo, só uma única candidata teria logrado êxito em ser aprovada, a própria servidora em questão. Também não existia outra laboratorista no quadro de servidores.

Com isso, o município optou por não realizar, ele mesmo, as atividades de exames laboratoriais, passando a contratar serviços com a iniciativa privada (terceirização).

⁹ Evento 24, p. 32; Evento 25, p. 65; Evento 32, p. 7, 71 a 73, 158 a 160, 193, 241, 243, 244, 246; Evento 33, p. 2, 37, 165, 166, 197 a 200.

O gestor justificou que não sabia se a prestação dos serviços pela iniciativa privada iria ser bem-sucedida, tendo então se optado por colocar a técnica de laboratório em exercício provisório, temporariamente, na Procuradoria Jurídica do Município, o que se daria diante da impossibilidade administrativa, pelo contexto apresentado, de exercício de suas atividades no laboratório municipal.

Ressaltou ainda a experiência que a servidora já tinha com os serviços executados pela Procuradoria Jurídica, o que com certeza contribuiria muito mais com o serviço público na procuradoria do que no laboratório, no momento de pequena demanda.

Como se observa, não mostra coerência a opção pela nomeação da técnica em laboratório, já que era necessário para o laboratório funcionar, ao menos, duas profissionais, como argumentou o gestor, e somente a servidora em questão teria sido aprovada no concurso.

Ocorre ainda que a opção pelo desvio da lotação da servidora se dá em colisão com o ordenamento jurídico. Eis que o legislador previu, para hipótese de esvaziamento da função, que caberia ao gestor determinar a extinção do cargo ou declaração de sua desnecessidade, consoante prescreve a Constituição Federal (§3º do art. 41) e o Estatuto do Servidor de Muniz Freire (Lei 1.132/90, art. 69), ocasionando que, nessa hipótese, o servidor é colocado em disponibilidade. Vejamos:

LEI Nº 1.132, DE 02 DE JULHO DE 1990.

DISPÕE SOBRE O E STATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE MUNIZ FREIRE/ES (...).

(...)

Art. 69 - Extinto o cargo ou declarada pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o servidor público ficará em disponibilidade remunerada, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço e com as vantagens permanentes que estiver percebendo.

Parágrafo Único. Restabelecido o cargo, ainda que modificar a sua denominação, será obrigatoriamente nele aproveitado o servidor posto em disponibilidade.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

(...)

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

(...)

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

De forma bastante diferente do previsto na referida legislação, optou -se por contratação sem necessidade (o laboratório não tinha como funcionar com uma só profissional), bem como pela lotação da técnica de laboratório de análises na procuradoria do município, com prejuízo ainda de não haver a mínima compatibilidade entre as atribuições dos cargos. Dessa forma, investindo servidor em função para a qual não realizou concurso público.

Por final cumpre frisar que antes da opção pelo desvio de função, a servidora já vinha sendo beneficiada com cargos comissionados na procuradoria do município, o que não se manteve por ter sido constatado que a permanência dela no cargo comissionado configurava nepotismo (evento 25, fls. 68).

Parecer

(...)

Consta, ainda, o Decreto de Nomeação no cargo Comissionado de Coordenadora Nível 2, através do Decreto no 5.217/2011. Considerando o processo nº 011212/2015 a nomeação em cargo comissionado da referida servidora tem sido caracterizada como nepotismo, devendo ser exonerada do cargo em comissão.

(...)

Muniz Freire-ES, 24 de setembro de 2015

Célio Marques Cassa

Procurador

Diante desse conjunto, infere-se que o desvio de função promovido pelo gestor público visava a satisfação de interesses ligados à pessoalidade, para favorecimento especial da servidora, levada a cabo, inclusive, em detrimento do ordenamento jurídico.

Como é sabido, é dado ao administrador público dar cumprimento ao que a lei prescreve, abstendo-se de inovações não previstas, em especial para favoritismo de determinado servidor.

Nessa perspectiva, opina-se seja mantida a responsabilidade do gestor municipal, Sr. Paulo Fernando Mignone.

Por todo o exposto, opina-se pela **negativa de provimento do recurso quanto a este item.**

(grifei e sublinhei)

Ante o exposto, pelas razões acima expendidas, a despeito da insurgência do recorrente contra os fatos acima narrados, acompanho o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas no sentido de negar provimento ao recurso quanto a este item.

2.2.2. DA INCORPORAÇÃO E PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÃO POR ATO SEM MOTIVAÇÃO E SEM AMPARO EM LEI ESPECÍFICA

Da análise dos autos processuais e também dos autos do processo 2736/2017-2, verifico que na Instrução Técnica Inicial ITI 8/2018 foi indicada a responsabilidade do recorrente em relação a uma suposta autorização de incorporação e pagamento de gratificação imotivadamente e sem previsão em lei específica, permitindo, dessa forma, pagamentos indevidos, violando-se o princípio da legalidade e os artigos 37, *caput* e X da CF e o art. 143 da Lei Orgânica do Município.

Sobre a irregularidade mantida no Acórdão TC 655/2020-3 – 1ª Câmara, alega o recorrente, em suma, que atuou, mais uma vez, com base em parecer técnico favorável emitido por diversos agentes públicos com competência para a matéria.

Informa que a requisição da incorporação de gratificação por exercício de função gratificada por mais de 10 anos ininterrupto foi objeto de processo administrativo, instruído com prova documental e sob o argumento técnico de natureza jurídica firmada em precedentes do Tribunal Superior do Trabalho e no princípio da estabilidade financeira.

Afirma que se desincumbiu de consultar a assessoria jurídica do órgão, tendo agido conforme sua recomendação, de maneira que não lhe seria exigível discordar da Procuradoria Municipal em questão exclusivamente jurídica, em especial, quando se tinha dois pareceres (um do Procurador Geral e outro do procurador de carreira) recomendando o deferimento do pleito.

Sustenta, também, que não há nos autos e nem no acórdão demonstração de erro grosseiro, dolo ou culpa grave que pudessem a ele ser apontados.

Quanto a tais alegações, resta claro que a irresignação do recorrente recai sobre a manutenção de irregularidade no Acórdão TC 655/2020-3 – 1ª Câmara, atinente à incorporação e pagamento de gratificação a servidores sem autorização legislativa e motivação, em inobservância ao preceituado no art. 37, *caput* e inciso X da Constituição Federal e art. 32 da Constituição Estadual.

Verifico que, não obstante os argumentos tendentes a indicar que o recorrente apenas seguiu o entendimento técnico firmado pela assessoria jurídica do órgão municipal, resta claro, considerando-se para isso a jurisprudência temática consolidada no domínio do Tribunal de Contas da União, ser cogente a responsabilização do gestor por prática de ato irregular, mesmo que este ato esteja respaldado em parecer técnico e jurídico, uma vez que a ele cabe decidir sobre a conveniência e oportunidade de se efetivar o procedimento administrativo, principalmente aqueles que vão gerar pagamentos, quanto atuar como o fiscal dos atos dos seus subordinados.

Esse, aliás, é o entendimento que embasa a argumentação jurídica trazida na ITR 185/2021-9, elaborada pela área técnica desta Corte de Contas, que se manifesta nos seguintes termos:

[...]

O recorrente busca afastar sua responsabilidade sob o argumento de que teria atuado com respaldo em parecer técnico sobre matéria específica (jurídica). Tal alegação não merece prosperar, visto a deficiência notória do parecer (com erro grosseiro, perceptível ao gestor médio) e o dever de supervisão e de motivação dos atos.

A jurisprudência do TCU é no sentido de que a decisão tomada com base em parecer deficiente não afasta, por si só, a responsabilidade do gestor-supervisor por atos considerados irregulares.

O TCU, em diversas decisões, manteve a responsabilidade do gestor por prática de ato irregular, com respaldo em parecer técnico e jurídico, uma vez que cabe aquele tanto decidir sobre a conveniência e oportunidade de efetivar o procedimento administrativo, principalmente aqueles que vão gerar pagamentos, quanto atuar como o fiscal dos atos dos seus subordinados.

A título de exemplo, citamos:

Boletim de Jurisprudência 151/2016

Acórdão TCU 2781/2016 – Plenário

Processo 630/2012

Relator: Ministro Benjamin Zymler

Ementa:

A decisão adotada com base em pareceres técnicos não afasta, por si só, a responsabilidade da autoridade hierarquicamente superior por atos considerados irregulares, uma vez que o parecer técnico não vincula o gestor, que tem a obrigação de examinar a sua correção, em razão do dever legal de supervisão que lhe cabe.

Boletim de Jurisprudência 272/2019

Acórdão TC 1529/2019 – Plenário

Relator: Ministro Benjamin Zymler

Ementa:

Não cabe a responsabilização de dirigente de órgão ou entidade por irregularidade que só poderia ser detectada mediante completa e minuciosa revisão dos atos praticados pelos subordinados, sobretudo na presença de pareceres técnico e jurídico recomendando a prática do negócio jurídico, **salvo quando se tratar de falha grosseira ou situação recorrente, que impede o reconhecimento da irregularidade como caso isolado.** (grifamos).

Acórdão 206/2007 – Plenário

Processo: 5774/2003

Relator: Ministro Aroldo Cetzaz

8. Quanto ao segundo argumento, que diz respeito ao fato de ter agido com respaldo em pareceres técnicos elaborados por engenheiros da área de engenharia portuária e por pareceres jurídicos elaborados pela procuradoria do órgão, cabendo a ele apenas agir como agente operador, cabe consignar que **o argumento invocado não tem força para impor ao administrador a prática de um ato manifestamente irregular, uma vez que a este cabe, em última instância, decidir sobre a conveniência e oportunidade de praticar atos administrativos, principalmente os concernentes a contratações, que vão gerar pagamentos.**

9. O fato de o administrador seguir pareceres técnicos e jurídicos não o torna imune à censura do Tribunal. Esta Corte evoluiu o seu posicionamento no sentido de que tal entendimento somente pode ser admitido a partir da análise de cada caso, isto é, **deve-se verificar se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável e se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência. Presentes tais condições, não há como responsabilizar os técnicos e os advogados, nem, em consequência, a autoridade que se baseou em seu parecer.**

10. Ao contrário, se o parecer não atende a tais requisitos, e a lei o considerar imprescindível para a validade do ato, como é o caso do exame e aprovação das minutas de editais e contratos, acordos, convênios ou ajustes, os advogados ou os técnicos deverão responder solidariamente com o gestor público que praticou o ato irregular, mas em hipótese alguma será afastada a responsabilidade pessoal do gestor, razão pela qual não assiste razão ao recorrente em relação a tal argumento. (grifamos).

A análise procedida na Instrução Técnica Conclusiva TC 1920/2019 demonstrou exaustivamente o erro grosseiro na emissão dos pareceres jurídicos carentes de fundamentação diante da ausência da análise fática e enquadramento perante os dispositivos legais, doutrinários e jurisprudencial. Deficiência facilmente perceptível pelo gestor revisor do ato.

Assim, era esperado do administrador, diante da ausência da fundamentação que, ao menos retornasse os autos do processo administrativo à assessoria jurídica para a reanálise, afim de se corrigir as deficiências apontadas.

A conduta do recorrente revela desempenho aquém do esperado do administrador médio, configurando o erro grosseiro, passível de responsabilização por esta Corte de Contas.

Ainda, não procede a afirmação de que o Acórdão recorrido não teria demonstrado a culpabilidade do recorrente. Transcrevemos a fundamentação adotada pelo Acórdão 655/2020, onde foi analisada a responsabilidade do recorrente, a qual também corroboramos:

Por outro lado, o Prefeito optando por acolher opinião emitida por Advogado público com evidente ausência de fundamentação, **terminou por agir igualmente com imprudência (culpa)**, terminando por promover decisão desprovida de um mínimo de amparo técnico.

Conforme bem ilustra o Acórdão 1001/2015 do Plenário do TCU, sessão de 29/04/2015, Relator: Benjamin Zymler:

Enunciado

Em regra, pareceres técnicos e jurídicos não vinculam os gestores, os quais têm obrigação de analisar a correção do conteúdo desses documentos. O fato de o administrador seguir pareceres técnicos e jurídicos não o torna imune à responsabilização pelo TCU.

Na mesma linha, o Acórdão 2296/2017, Plenário do TCU, sessão de 11/10/2017, Relator: Walton Alencar Rodrigues:

Enunciado

A decisão tomada com base em parecer deficiente não afasta, por si só, a responsabilidade do gestor supervisor por atos considerados irregulares, ainda mais quando esses atos já haviam sido objeto de determinação por parte do TCU.

Vale ainda registrar o Acórdão 6414/2018, da Primeira Câmara do TCU, sessão de 3/07/2018, Relator Weder de Oliveira:

Enunciado

A existência de pareceres técnicos ou jurídicos somente afasta a responsabilidade do gestor quando a matéria for extremamente técnica e de difícil detecção pelo responsável.

No presente caso, revela-se notória a carência de fundamentação do parecer, por não tratar minimamente do tema, bem como sua inadequação jurídica, ao opinar pela concessão de direito não alicerçado em previsão legal local e utilizando-se de preceito de outro regime, que não o estatutário. (grifamos).

A outro giro, independente de quem tenha provocado a situação, se os próprios servidores interessados ou se o Prefeito Municipal, **cabia ao último, por estar instituído na função de gestor da coisa pública, exigir da procuradoria parecer que enfrentasse minimamente a matéria, ou se recusar a concessão do direito.** (grifamos).

Assim, opina-se pelo mantimento da responsabilidade dos Senhores Paulo F. Mignone, Prefeito Municipal, Célio Marques Cassa e Margareth Bicalho Machado, Procuradores Municipais de Muniz Freire, inclusive quanto ao ressarcimento, do valor de R\$ 56.800,71, equivalente a 18.927,21 VRTE (R\$ 23.377,63, equivalente a 7.538,95 VRTE, em solidariedade pelo Sr. Paulo F. Mignone e pela Sra. Margareth Bicalho Machado e R\$ 25.034,05, equivalente a 11.388,26 VRTE, em solidariedade pelo Sr. Paulo F. Mignone e pelo Sr. Célio Marques Cassa.

Por todo o exposto, **opinamos pela improcedência do recurso quanto a este item.**

(grifei e sublinhei)

Com efeito, em consonância com os fundamentos supramencionados, não identifico motivos suficientemente capazes de ensejar a reforma do acórdão recorrido, de forma que, com fundamento no entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, nego provimento ao recurso quanto ao presente item.

2.2.3. DA ADMISSÃO DE SERVIDOR SEM APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO

Examinando os autos do processo TC 2736/2017-2, verifico que o Acórdão TC 655/2020-3 – 1ª Câmara manteve a irregularidade inicialmente apontada na Instrução Técnica Inicial ITI 8/2018, na qual foi imputada responsabilidade ao recorrente pela conduta de investir servidor público em cargo sem prévia aprovação em concurso público, em desacordo com o artigo 37, II da CF.

Em síntese, alega o recorrente que a contratação da Sr.^a Andrea Maria Affonso Areas para o cargo de enfermeira tratou-se de uma contratação temporária para atender necessidade de excepcional interesse público, conforme previsão do art. 1º, VI da Lei Municipal 1.542/99, devidamente justificado pelo Secretário de Saúde da época. (peça complementar 8898/2017 – fls. 166-167), tendo sido esta, na visão do recorrente, uma medida correta, razoável e motivada, considerando tratar-se de serviço da área de saúde, indispensável à população, tendo-lhe sido apresentada pela equipe de governo a excepcionalidade, urgência e necessidade do serviço, bem com a solução administrativa e jurídica.

Acerca do alegado, entendo que a divergência do recorrente em relação à manutenção da presente irregularidade se dá em virtude de seu entendimento pela correção do ato praticado, mas também em função do amparo encontrado nas manifestações técnicas da área técnica e do Ministério Público de Contas, nos autos do processo TC 2736/2017-2, respectivamente, na Instrução Técnica Conclusiva ITC 1920/2019-6 e no Parecer 3061/2019-4, já que ambas propuseram o afastamento da irregularidade, indicando defeito técnico processual da acusação, cuja capitulação

não conduziria com a realidade fática processual, o que pela aplicação do princípio da congruência (art. 492 do CPC) não comportaria a penalização sugerida na ITI.

Sobre essa questão, é elucidativa a manifestação técnica contida na ITR 185/2021-9, a qual adoto integralmente como fundamentação neste voto, destacando o excerto abaixo reproduzido:

[...]

Análise

Inicialmente, lembramos que **o responsável indicado na Instrução Técnica Inicial responde sobre os fatos narrados na referida peça e não da capitulação**. Neste sentido, é a jurisprudência desta Corte de Contas:

Acórdão TC 748/2018 - Plenário

Processo 1816/2018

Relator: Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges

O ponto nodal da presente falha diz respeito, portanto, apenas a um equívoco de capitulação. Tal fato não passa de mera impropriedade material, que não prejudicou em nenhum aspecto a elaboração da defesa do recorrente, que já sabia sobre qual irregularidade estava respondendo desde o início do processo de prestação de contas.

Sobre o tema, exponho o entendimento do nosso próprio Tribunal de Justiça:

Ementa: APELACAO CRIMINAL PRELIMINAR DE INCOMPETENCIA REJEITADA - MERITO: LESOES CORPORAIS SEGUIDAS DE MORTE - DECISAO MANTIDA. 1) NULA E A DECISAO DO TRIBUNAL QUE ACOLHE, CONTRA O REU, NULIDADE NAO ARGUIDA NO RECURSO DE ACUSACAO, RESALVANDO OS CASOS DE RECURSO DE OFICIO - SUMULO 160 DO STJ. 2) SE O RESULTADO MORTE NAO ESTAVA NA LINHA DE RACIOCINIO DO AGENTE, SENDO APENAS PREVISIVEL, MELHOR CAMINHO E A CONDENACAO, NA FORMA DO ARTIGO 129, PARÁGRAFO 3. DO CÓDIGO PENAL E NAO EM CRIME DE HOMICIDIO. **O REU SE DEFENDE DOS FATOS NARRADOS NA DENUNCIA E NAO DA TIPIFICACAO LEGAL.** MANTENCA DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO PARÁGRAFO 7. DO ARTIGO 129 DO CODEX REPRESSIVO. SENTENCA DE 1. GRAU CONFIRMADA, A UNANIMIDADE.

(TJ-ES - APR: 35979000995 ES 035979000995, Relator: ADALTO DIAS TRISTÃO, Data de Julgamento: 24/06/1998, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 05/08/1998)

1) NULA E A DECISAO DO TRIBUNAL QUE ACOLHE, CONTRA O REU, NULIDADE NAO ARGUIDA NO RECURSO DE ACUSACAO, RESSALVANDO OS CASOS DE RECURSO DE OFICIO - SUMULO 160 DO STJ.

2) SE O RESULTADO MORTE NAO ESTAVA NA LINHA DE RACIOCINIO DO AGENTE, SENDO APENAS PREVISIVEL, MELHOR CAMINHO E A CONDENACAO, NA FORMA DO ARTIGO 129, PARÁGRAFO 3. DO CÓDIGO PENAL E NAO EM CRIME DE HOMICIDIO. O REU SE DEFENDE DOS FATOS NARRADOS NA DENUNCIA E NAO DA TIPIFICACAO LEGAL. MANTENCA DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO PARÁGRAFO 7. DO ARTIGO 129 DO CODEX REPRESSIVO. SENTENCA DE 1. GRAU CONFIRMADA, A UNANIMIDADE.

Acórdão

A UNANIMIDADE, REJEITAR A PRELIMINAR ARGUIDA E, NO MERITO, POR IGUAL VOTACAO, NEGAR PROVIMENTO AO APELO, MANTENDO A DECISAO RECORRIDA.

Em trecho retirado do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do **HC 114077/SP**, manifesta-se neste mesmo sentido:

Supremo Tribunal Federal; Voto - MIN. RICARDO LEWANDOWSKI (**HC 114077 / SP**):

Por fim, também **entendo que não há que se falar em prejuízo, uma vez que é consabido que o réu se defende dos fatos narrados na denúncia, e não da tipificação legal conferida pela acusação. Assim, é irrelevante a classificação da conduta imputada ao acusado, haja vista que o órgão julgador partirá da análise dos fatos – e não de sua qualificação jurídica – para dizer o direito – “narra mihi factum dabo tibi ius”.**

Pelo exposto, como bem sopesado pela área técnica e asseverado pelo Ministério Público, bem como pela jurisprudência aqui exibida, o acusado se defende dos fatos, e não da capitulação, e, na análise do caso concreto, a incorreção impugnada em nada prejudicou o recorrente em matéria de defesa. Posto isto, sem necessidade de maiores elucidações, acompanho in totum a opinião da área técnica, mantendo a penalidade.

Acórdão TC 358/2019-5 – Plenário

Processo TC 5563/2018 -8

Relator: Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Assim, ainda que os artigos 6º, IX, e 7º, Lei 8.666/93, apontados na ITI 271/2014, refiram-se a serviços e obras, a mens legis é no sentido de que os dispêndios do erário estejam corretamente qualificados – o que não estavam, no caso, pois faltavam informações precisas sobre os quantitativos e a necessidade de aquisição do produto de terceiros, em vez de obtê-lo diretamente. A propósito dos referidos dispositivos legais, vale ressaltar que os responsáveis se defendem dos fatos, não da capitulação.

Acórdão TC 450/2015 – Plenário

Processo TC 3724/2014

Relator: Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Por fim, vale lembrar que o gestor se insurge contra os fatos e não contra a capitulação da infração, de modo que o erro material acima mencionado, nenhum prejuízo trouxe à defesa. Aliás, em se tratando de erro material, deveria a interessada ter oposto, tempestivamente, embargos de declaração, mas não o fez.

A Instrução Técnica Inicial ITI 08/2018 na irregularidade intitulada “3. Admissão de servidor sem aprovação em concurso público”, expõem a irregular contratação temporária da Sr.^a Andrea Maria Affonso Areas para o cargo de enfermeira, **sem a demonstração previa da real e específica necessidade temporária de excepcional interesse público e sem a realização do processo seletivo que, via de consequência fere o princípio do concurso público e da isonomia, em inobservância ao art. 37, “caput”, II e IX da Constituição Federal.**

Conforme bem exposto na referida peça processual, a contratação temporária é exceção a investidura em cargo ou emprego público, cuja regra é o concurso público (art. 37, II da Constituição Federal). Dessa forma, o não preenchimento de seus requisitos autorizativos, qual seja, prévia existência de lei e justificativa na necessidade temporária de excepcional interesse público não implica apenas na violação disposto no art. 37, IX da Constituição Federal mas na própria regra do concurso público (art. 37, II da CF), irregularidade que, por ser de maior gravidade, abarcaria aquela.

Ao narrar os fatos, expõem a adequação da capitulação no art. 37, II da Constituição Federal, caso não comprovado a regularidade da contratação temporária. Vejamos:

Neste ponto a denúncia se restringe a informar que há servidores que continuam na folha de pagamento, sem trabalhar mais para o município, a exemplo de Andrea Areas e Rozilene da Cruz. No entanto, com as informações iniciais prestadas pelo ente

jurisdicionado, grave irregularidade se reluz ante a afirmação que a servidora **Andrea Maria Affonso Areas** foi admitida por vínculo precário, não sendo submetida a certame público.

Sabe-se que a regra constitucional para admissão é a do art. 37, II que dispõe:

II -a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações paracargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

No entanto, consta na Ficha Funcional da servidora em questão, que esta foi contratada temporariamente pelo período de 05/08/2014 a 31/07/2015(item 25-Peça 8899/2017, p.52) para a função de Enfermeira.

O Contrato Administrativo firmado segue no item 24 “Peça Complementar 8898/2017”, p. 166-167 e dá conta que foi inicialmente firmado pelo Prefeito em 5/08/2014 com fim da vigência programada para 01/02/2015. Houve a prorrogação do contrato por 180 dias estendendo o termo até 31/07/2015 (item 24, p. 168).

Além da exceção descrita para cargos de confiança no inc. II do art. 37, o constituinte autorizou contratação por tempo determinado condicionado à prévia existência de lei e justificativa de temporária e excepcional necessidade.

Neste sentido, a decisão monocrática 1558/2017, acolhendo a manifestação técnica, determinou que o jurisdicionado trouxesse aos autos o “processo seletivo que ensejou a contratação da servidora Andrea Maria Affonso Areas e procedimento administrativo com a justificativa de necessidade de contratação temporária, bem como a lei municipal que autoriza e regula o vínculo temporário”. **Em resposta, o Prefeito Municipal atesta (item 31, “Resposta de comunicação 00474/2017”, p. 3) que nunca realizou processo seletivo para contratação a prazo determinado da servidora em questão.**

[...]

Depreende-se que a grave irregularidade de sequer realizar processo seletivo, por si só, tem o condão de burlar a isonomia na competição para acesso a cargos públicos, privilegiando a servidora contratada é desdobramento da irregularidade principal de ausência de concurso público para prover cargo do quadro permanente de servidores –enfermeira. Caso o município tivesse fundamentos para justificar a necessidade temporária de excepcional interesse público, caberia a análise segundo os atendimentos destes requisitos. Porém, não se cometeu irregularidades durante o processo de contratação temporária, mas burla à regra do inciso II do art. 37. Entende-se que a violação ao concurso público é

irregularidade mais grave e principal, já que sequer houve procedimento de contratação temporária capaz de atrair análise, sendo o contrato administrativo uma tentativa mal sucedida de regularizar a ausência de concurso. (nosso grifo).

Não bastasse a irregularidade na constituição do vínculo administrativo, o contrato a termo possuía fim da vigência prevista para 01/02/2015 e ali não se findou. A contratada Andrea esteve em gozo de auxílio-doença de 27/01/2015 a 31/08/2015 (item 25 Peça Complementar 08899/2017/, p. 146). Ou seja, o início do auxílio se deu antes do término da contratação. Houve a prorrogação do contrato por 180 dias estendendo o termo até 31/07/2015 e o primeiro benefício concedido se encerrou um mês após o término da vigência. Se já era nula a contratação por ausência de concurso público e ausência de justificativa para contratação temporária, a manutenção da vigência do contrato a prazo sem qualquer termo aditivo, após o término do auxílio-doença, apenas corrobora com a inconstitucionalidade da contratação e ânimo de perpetuação do vínculo, que só se findou com a notícia da instauração deste processo na Corte de Contas, conforme informa o contrato (item 25, p. 52) e a declaração da Sra. Secretária de Administração abaixo colacionada (item 25, p. 114):

[...]

Burlando o princípio do concurso público, fere o art. 37, II e IX da CF, deve ser a responsabilização pela irregularidade. Não havendo indícios da ausência de serviços prestados ao município após a contratação – desconsiderando a impossibilidade em razão de incapacidade e auxílio-doença que tratamos no item abaixo – para evitar enriquecimento ilícito do ente público, sugere-se que o gestor responda pelo ilícito com aplicação de multa, nos termos dos arts. 1º, XXXII, 131, 134 e 135, II da Lei Complementar 621 de 8 de março de 2012. (nosso grifo).

Assim, constatada a admissão sem concurso público sugere-se a citação do responsável individual, nos termos do artigo 56, II da Lei Complementar 621 de 8 de março de 2012 e 157, III, do RITCEES, para que, no prazo estipulado, apresente alegações de defesa, bem como documentos que entender necessários, em razão do possível descumprimento da Constituição Federal que restringe as hipóteses de investidura em cargo público à prévia aprovação em concurso público, e possível responsabilização do denunciado pela prática de atos de improbidade administrativa e cominação de multa.

Assim, **corroboramos com o entendimento do Acórdão TC 655/2020, no sentido da inocorrência de impropriedade da capitulação, eis que a burla ao concurso público implica na violação do comando maior exposto no art. 37, II da Constituição Federal.**

Ainda, a **capitulação em nada prejudicou a defesa do responsável, que a apresentou em consonância com os fatos narrados na ITI 08/2018.**

A sugestão da inicial de aplicação de sanção pecuniária com fulcro no art. 1º, XXXII, 131, 134 e 135, II da Lei Complementar 261/2012 (pedido) decorre dos fatos narrados na referida peça processual e, seria a mesma se a capitulação fosse a sugerida pela ITC 1920/2019. Portanto, **corroboramos com o entendimento do Acórdão TC 655/2020 de que a aplicação da sanção sugerida não ofende o princípio da congruência (art. 492 do CPC¹⁰), entendido na ITC 1920/2019.**

Em exame aos documentos acostado aos autos, observa-se que a lei autorizativa da contratação temporária (Lei Municipal 1.552/90 e suas alterações¹¹) indicou, de forma genérica e abstrata, os casos que serão considerados de excepcional interesse público. Contudo, faz-se necessário a caracterização da situação fática da necessidade temporária de excepcional interesse público, conforme comando constitucional (art. 37, IX).

Extrai-se da Solicitação do Secretário Municipal de Saúde para a contratação temporária e o parecer jurídico 1202/2014¹² que a contratação pretendida visava suprir serviços realizados por outros contratados temporários cujos contratos seriam encerrados brevemente. Demonstra-se tratar de uma situação referente a deficiência permanente de pessoal relacionado a área de saúde, não se configurando situação de temporariedade e urgência autorizativa da contratação temporária.

Reforça tal entendimento o fato da servidora ter permanecido na folha de pagamento da Administração após término da vigência do contrato e do primeiro período de concessão do auxílio-doença, sem qualquer termo contratual e justificativa (irregularidade apontada no item 3.4 da Presente Instrução Técnica Inicial).

O parecer jurídico 1202/2014 recomendou cautela na contratação temporária, alertando sobre a aplicação do art. 3º da Lei Municipal n.º 1552/90¹³, bem como de se ater aos casos excepcionais, de imperiosa necessidade e urgência, bem como de se observar o limite de despesa com pessoal, face ao disposto no art. 22, II e IV da Lei de Responsabilidade Fiscal . Vejamos:

1 Conforme consta, o Interessado expôs a necessidade de sua Secretaria de admitir por contrato, por tempo determinado, com vista a suprir os serviços que vinham sendo realizados por outros contratados cujo termo se avizinha, num total de 11 servidores,

¹⁰ Código de Processo Civil . **Art. 492.** É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional

¹¹ Leis Municipais n.ºs xx, xx, xx

¹² Evento 33, p. 308. Evento 34, p. 3 do Processo TC 2736/2017.

¹³ Lei Municipal n.º 1552/1990. **Art. 3º** - As contratações supramencionadas serão efetuadas pelo prazo necessário o atendimento da referida necessidade, ou pelo máximo, de seis (06) meses, prorrogável uma única vez, pelo mesmo prazo.

sendo: 1 Auxiliar de Serviços Gerais; 04 Auxiliar de Enfermagem; 04 Médicos; e 02 Enfermeiros.

2 Como sabemos, a saúde é um direito social de assegurado constitucionalmente, e uma obrigação indiscutível da União, dos Estados e Municípios em parceria técnica e financeira (CF, arts. 6º: 23, II; 30, VII e 196). Neste Município, a lei especial que autoriza a contratação excepcional a que se refere o inciso IX do art. 37 da CF, é a Lei nº 1.542/99 anexa, cujo art. 3º deve ser observado para a necessária cautela.

De igual modo é preciso ater-se ao fato de que a modalidade prevista só deve ser usada nos casos excepcionais, de imperiosa necessidade e urgência, para os casos que o Município não consiga remanejar seu contingente, ou não possa, em curto prazo, realizar concurso para preenchimento da vaga.

3 Além disso, mesmo havendo possibilidade da contratação administrativa, será preciso verificar se não há algum impedimento na Lei de Responsabilidade Fiscal, em especial no que prevê o art. 22, II e IV sobre limite de despesa com pessoal, segundo o qual:

"Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.

Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:

II -criação de cargo, emprego ou função;

IV -provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título. ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança; grifei e destaquei.

Aconselho cautela.

Diante do alerta da procuradoria e face a ausência de demonstração da situação fática que caracteriza a necessidade temporária de excepcional interesse público, facilmente perceptível por qualquer gestor médio, a atuação do gestor em autorizar a contratação, demonstra ausência de zelo, configurando erro grave, passível de responsabilização por esta Corte de Contas.

Desta forma, entende-se pela **negativa de provimento do recurso quanto a este item.**

(grifei e sublinhei)

Logo, por aderir à fundamentação acima, que foi capaz de demonstrar a impropriedade na contratação da Sr.^a Andrea Maria Affonso Areas, efetuada para supostamente atender necessidade temporária de excepcional interesse público, em conformidade com o entendimento da área técnica deste Tribunal e do *Parquet* de Contas, nego provimento ao recurso no que tange a este item.

2.2.4. DA PRORROGAÇÃO DE VIGÊNCIA DE CONTRATO SEM TERMO ADITIVO E SEM JUSTIFICATIVA

Quanto ao item ora analisado, noto que o Acórdão impugnado manteve a irregularidade inicialmente descrita na Instrução Técnica Inicial ITI 8/2018, que imputava ao recorrente a conduta de ter tolerado a continuidade da vigência de contrato temporário da Sr.^a Andrea Maria Affonso Areas, sem providenciar procedimento administrativo de motivação da necessidade temporária de excepcional interesse público, e sem formalização em instrumento contratual aditivo, desrespeitando o artigo 37, IX da CF.

No recurso interposto, o recorrente alega que a servidora contratada temporariamente, Sr.^a Andrea Maria Affonso Areas, adoeceu e foi afastada de suas atividades pelo INSS, passando a ser beneficiária do auxílio-doença, circunstância que impedia a rescisão contratual.

Informa que atuou direta ou indireta do recorrente na condução do processo administrativo interno, que foi realizado pelos setores técnicos e agentes técnicos da Administração com legitimidade e competência para a matéria.

Alega que não seria razoável exigir do Chefe do Poder Executivo o conhecimento pleno de cada situação funcional ocorrida no âmbito da Administração, especialmente aquelas de natureza técnica.

Alega que a responsabilização do recorrente se deu exclusivamente pelo exercício do mandato, eis que não se encontra no processo qualquer identificação/demonstração/comprovação precisa de ação ou omissão do mesmo.

Afirma, ainda, que não há nos autos demonstração de dolo, culpa grave ou erro grosseiro por parte do recorrente e, conforme jurisprudência desta Corte de Contas, tais elementos são indispensáveis para responsabilização do agente.

Conforme dispõe a ITR 185/2021-9, quantos aos fatos associados a esta irregularidade mantida no Acórdão TC 655/2020-3 – 1ª Câmara, não há nos autos documentos que demonstrem que o recorrente conhecia o término da vigência do contrato temporário e a permanência irregular da servidora, bem como, não há documento do qual se pode aferir que o mesmo tenha manifestado pela continuidade da referida contratação.

Esta conclusão está fundada no exame de uma série de documentos juntados aos autos processuais, a saber: ficha funcional; contrato administrativo 15/2014; prorrogação do contrato administrativo 15/2014; comunicações sobre a concessão do auxílio-doença e suas prorrogações, cálculo para restituição; ficha financeira detalhada dos exercícios de 2014 a 2017; solicitação da contratação temporária emitida pelo Secretário Municipal de Saúde, parecer jurídico referente à contratação temporária, atestado médico, comprovante de alta médica, demonstrativo de crédito de benefício.

Nesse sentido, em que pese à manifestação do Ministério Público de Contas, pugnano pela manutenção da irregularidade sob o argumento de que há nos autos comprovação de que o recorrente atuou positivamente para a efetivação da infração apontada, inclusive afirmando que o gestor teria conhecimento sobre os fatos e agindo de modo a anuir à permanência da agente pública nos quadros da administração municipal, acompanho o posicionamento da área técnica desta Corte de Contas para dar provimento a este item do recurso apresentado, para afastar a responsabilidade do recorrente em relação à irregularidade em análise, uma vez estar convencido da inexistência do nexos de causalidade necessário à caracterização do ato ilícito/irregular.

2.2.5. PAGAR, AUTORIZAR OU RECEBER SALÁRIO ENQUANTO SERVIDOR ESTÁ EM GOZO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PELO REGIME GERAL

O Acórdão combatido manteve a irregularidade inicialmente descrita na Instrução Técnica Inicial ITI 8/2018, que imputava ao recorrente a conduta de ter pagado ou autorizado o pagamento de salário sem previsão em lei a servidor licenciado por estar em gozo de auxílio-doença, desrespeitando o sistema de concessão de benefício previdenciário do regime geral de previdência, violando, assim, violou os

arts. 59 a 63 da Lei 8.213/91 e 201, I da Constituição Federal e o princípio da legalidade estrita – art. 37, *caput*, da CRFB.

Irresignado com a manutenção desta irregularidade, o recorrente, em seu recurso, alega, em resumo, que o prefeito do município não é o responsável direto pelo gerenciamento dos recursos humanos e pagamento de despesas da Administração, competindo aos Secretários Municipais o acompanhamento dos servidores lotados em seu setor e a execução dos orçamentos de sua pasta.

Informa que não teve qualquer relação ou ingerência com a contratação da Sra. Andrea Maria Affonso Aras, tendo o referido procedimento seguido o caminho burocrático, conduzido e avaliado tecnicamente pelos setores competentes da Administração, os quais realizaram ou recomendaram as ações questionadas, revestindo-as de competência e legitimidade.

Argumenta não existir respaldo para responsabilização e aplicação de penalidade de caráter financeiro ao recorrente, face o reconhecimento da irregularidade pela servidora e manifestação voluntária de devolução de recursos, encerrando qualquer eventual prejuízo ao erário.

Também a respeito dessa irregularidade, a ITR 185/2021-9 é taxativa na constatação de que nos autos não há demonstração efetiva de que o recorrente conhecia ou manifestou-se pela prorrogação do contrato temporário.

É esta uma importante questão, pois diante da inexistência de elementos que sirvam à formação da convicção do julgador a respeito das irregularidades apontadas, não há a possibilidade de identificação da conduta e do nexo de causalidade necessários à caracterização do ato irregular e, por consequência, da verificação do elemento volitivo incidente sobre a suposta conduta irregular.

Como bem destaca a referida ITR, a partir do exame dos documentos que integram os autos, não é possível identificar o processo em que foi autorizado o pagamento da remuneração da servidora no período de concessão do auxílio-doença, de modo que não é possível aferir se o ordenador teria conhecimento ou condição de perceber a irregularidade.

Por conseguinte, em consonância com o entendimento da área técnica e divergindo do opinamento do Ministério Público de Contas, dou provimento ao recurso no tocante ao item em referência, afastando a responsabilidade do recorrente no que diz respeito à irregularidade apontada.

2.2.6. DA CONCESSÃO DE LICENÇA REMUNERADA E PAGAMENTO DE VENCIMENTOS A SERVIDOR PÚBLICO APÓS O 15º DIA DE AFASTAMENTO POR INCAPACIDADE LABORAL

O Acórdão impugnado manteve, ainda, a irregularidade inicialmente descrita na Instrução Técnica Inicial ITI 8/2018, que imputava ao recorrente a conduta de conceder licença remunerada e pagar vencimentos a servidor público após o 15º dia de afastamento por incapacidade laboral, quando deveria encaminhar o servidor para gozo de auxílio-doença a cargo do INSS, desrespeitando o sistema de concessão de benefício previdenciário do regime geral de previdência, ferindo os arts. 59 a 63 da Lei 8.213/91 e ar. 201, I, da Constituição da República e os princípios da legalidade estrita e probidade administrativa – art. 37, caput e § 4ª, da CRFB, burlando o sistema previdenciário, tendo realizado pagamento sem fonte de custeio, causando prejuízo ao erário municipal.

Sobre esse ponto de discussão, alega o recorrente, em síntese, que atuou com base na legislação vigente, posto que a concessão de licença para tratamento de saúde estava previsto no Estatuto dos Servidores Públicos de Muniz Freire (art. 80 e seguintes da Lei Municipal n.º 1.132/90) não havendo, durante seu mandato, questionamento quanto a sua constitucionalidade/legalidade e na avaliação técnica de seus órgãos competentes para a matéria, em especial da Secretaria Municipal de Administração e da Procuradoria Jurídica.

Afirma que era orientado e assessorado por todo o corpo de servidores municipais com atribuição funcional para a matéria, sendo os atos questionados derivados do impulso de agentes públicos competentes para o exercício de suas atribuições técnicas.

Sustenta que a gestão de pessoal, o controle de pagamentos e benefícios, o acompanhamento da frequência de servidores e seus afastamentos, são atividades administrativas que pertence ao rol de atribuições próprias dos agentes públicos específicos, que não o Prefeito.

Mais ainda, em sede de memoriais apresentados e juntados aos autos, o recorrente reforça a tese de que a “[...] *gestão de pessoal, o controle de pagamentos e benefícios, o acompanhamento da frequência de servidores e seus afastamentos, são atividades administrativas que pertencem ao rol de atribuições próprias de agentes públicos específicos, que não o Prefeito*”; e de que “[...] *o Recorrente não foi autor do ato questionado. O Recorrente não iniciou o procedimento que deu origem ao ato. O Recorrente não emitiu qualquer avaliação, juízo de valor ou decisão relacionada com o ato supostamente irregular. O Recorrente não pode e não deve ser responsabilizado por algo que não fez, simplesmente pelo exercício do cargo eletivo que ocupava à época*”.

Acerca dessas questões, me reporto às razões erigidas no âmbito da ITR 185/2021-9, as quais adiro em sua totalidade, tomando-as como razões de decidir, oportunamente ressaltando os trechos a seguir transcritos:

[...]

Análise

A irregularidade em questão refere-se a concessão e pagamento de vencimentos a servidor, após 15º dia de afastamento por incapacidade laboral, em desacordo com a legislação pertinente (art. 59 a 63 da Lei 8.213/91 e 201, I da Constituição Federal) e o princípio da legalidade estrita (art. 37 “caput” da Constituição Federal).

A ITI 08/2018, na sua parte superior indica a responsabilidade do recorrente descrevendo a seguinte conduta e nexo de causalidade:

Conduta: Conceder licença remunerada e pagar vencimentos a servidor público após o 15º dia de afastamento por incapacidade laboral quando deveria encaminhar o servidor para gozo de auxílio-doença a cargo do INSS, desrespeitando o sistema de concessão de benefício previdenciário do regime geral de previdência, ferindo os arts. 59 a 63 da Lei 8.213/91 e 201, I da Constituição Federal e os princípios da legalidade estrita e probidade administrativa –art. 37 caput e § 4ª da CF.

Nexo causal: Ao conceder, após o 15º dia de incapacidade laborativa, licença remunerada a servidor e ao realizar normalmente o pagamento de vencimentos, quando deveria encaminhar o servidor à perícia do regime geral de previdência, burlou o sistema previdenciário e realizou pagamento sem fonte de custeio, causando prejuízo ao erário municipal.

No corpo de seu texto, a referida peça acrescenta a conduta de pagar os vencimentos e de expedir o Decreto inconstitucional n.º 6.106/2013:

Defendemos a responsabilização do Prefeito por ser o ordenador de despesas e realizou o pagamento dos salários, além de ser quem expediu o famigerado Decreto n. 6.106/2013 ((item 25, “Peça Complementar 8899/2017-6, p. 94-106), que de forma absolutamente inconstitucional, regulamenta as licenças para tratamento de saúde no âmbito do município.

[...]

Destarte, dada à inconstitucionalidade do decreto regulamentador de licença para tratamento de saúde, ao efetuar pagamento de vencimentos a servidor público após o 15º dia de afastamento por incapacidade laboral e autorizar a licença para tratamento de saúde da servidora à custa do erário municipal, ignorando o sistema de assistência pelo regime geral, para o qual contribuem o município e a servidora, o Secretário de Administração concedeu licença e o **então Prefeito efetuou pagamento indevido e expediu normativa inconstitucional, ofendendo diretamente o princípio da legalidade (artigos 37, caput e X da CF e 32, XVI da CE), bem como os artigos 59 a 63 da Lei 8.213/91 e 201, I da Constituição Federal**, devendo ser citados e responsabilizados pelos atos passíveis de ressarcimento solidariamente pela totalidade do período do dano, conforme o seguinte resumo consolidado. (grifamos).

Assim, verifica-se que a conduta imputada ao recorrente refere-se ao pagamento indevido e expedir normativo inconstitucional (Decreto 6.106/2013), ofendendo diretamente o princípio da legalidade (art.37, “caput” e X da Constituição Federal, art. 32, XVI da Constituição Federal) e arts. 59 a 63 da Lei 8.2213/91 e 201, I da Constituição Federal.

Verifica-se nos autos que o recorrente é o signatário do mencionado Decreto¹⁴.

Em exame ao Acórdão TC 655/2020, percebe-se que a responsabilização do recorrente, adotando a fundamentação da ITC 1920/2020, decorre do fato do recorrente ter expedido o referido decreto, contrariando o princípio constitucional da legalidade, e legislação pertinente, assim como a própria literalidade da lei municipal 1.132/90 (art. 156) e usurpando a função legislativa:

¹⁴ Evento 33, p. 257 a 269.

Com isso, revela-se equívoco grosseiro, conceder concretude a norma do Estatuto que prevê o pagamento de licença para tratamento da saúde por mais de 15 dias.

Pelo senso da razoabilidade, também se mostra incompatível o Município arcar com contribuições para o RGPS e ao mesmo tempo abrir mão do direito à cobertura de sinistro e benefício assegurado pela Autarquia Previdenciária, realizando obrigação que se mostra de outrem, arcando com os custos de licença para tratamento da saúde a partir do 15º dia, cuja obrigação, a partir da vinculação do Município ao RGPS, passou para a atribuição exclusiva do INSS.

Por final, cumpre frisar que a legislação do Município não autorizou a aplicação de dispositivo de natureza previdenciária deslocado do contexto da criação do Instituto Próprio.

Da leitura do Estatuto dos Servidores de Muniz Freire, verifica-se que ao prever que caberia licença para tratamento à saúde no inciso I do art. 80, terminou por instituir direito por meio de norma de eficácia limitada¹⁵. É que, mais à frente, no art. 156, determinou a necessidade de regulamentação por lei especial, as quais “estabelecerão os planos, bem como as condições de organização, funcionamento dos serviços assistenciais e previdenciários”.

Nessa linha, por se tratar de norma que se mostra sem eficácia plena (sem aplicação enquanto não regulamentada por lei especial), por vontade do próprio legislador municipal, percebe-se a nítida impropriedade no manejo da legislação pela municipalidade, inclusive a usurpação da função legislativa pelo Chefe do Executivo Municipal, que previu a concretização do pagamento de licença para tratamento de saúde, a partir do 15º dia, por meio de Decreto, contrariando não só a CF 1988, mas também o próprio Estatuto.

Como bem exposto na ITC 1920/2020 o recorrente agiu em contrariedade a literalidade da legislação constitucional e municipal, o qual não cabe alegar o desconhecimento, conforme dispõem o art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto Lei 4657/42):

Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

O recorrente como Chefe máximo do órgão, bem como por ter sido Secretário de Administração¹⁶ municipal não poderia desconhecer a estrutura do ente que administra, não sendo possível ignorar a inexistência do Instituto Próprio de Previdência e a filiação do município ao Regime Geral de Previdência e, assim, inobservar os comandos legais.

¹⁵ A Norma de Eficácia Contida só pode produzir efeitos a partir da interferência do legislador ordinário, ou seja, necessitam ser “regulamentadas”

¹⁶ Idem ao item 26.

O recorrente também não comprova a alegação de que atuou com base em pareceres técnicos. Não comprova, por exemplo, a existência prévia de avaliação da assessoria jurídica quanto a legalidade do Decreto 6.106/2013 por ele expedido.

Desta forma, a atuação em contrariedade a literalidade da legislação pertinente, em especial aqueles dispostos na Constituição Federal e na Lei Municipal 1.132/90, **configura erro grosseiro, passível de responsabilização por esta Corte de Contas.**

Ao expedir decreto inconstitucional, usurpando a competência legislativa e em contrariedade a Constituição Federal e legislação municipal, prevendo a concretização do pagamento de licença para o tratamento de saúde, após 15º dia, contribuiu diretamente para a irregularidade em questão.

Pelo exposto, entende-se pela **negativa de provimento do recurso quanto a este item.**

(grifei e sublinhei)

Nesse contexto, diante da não comprovação da alegação de que teria atuado com base em pareceres técnicos, da não demonstração de atos e documentos que indicassem a legalidade do Decreto 6.106/2013 e, também, dos graves apontamentos acima relacionados, destacados da ITR 185/2021-9, com base no entendimento doutrinário¹⁷ e jurisprudencial¹⁸ vigentes, reafirmo a caracterização, no caso vertente, de erro grosseiro, porquanto evidenciada a falta da cautela administrativa exigida do “gestor médio”, à luz do dever de cuidado objetivo que obrigatoriamente deve orientar a atuação frente à administração pública, que acarretou na frontal violação da legislação pertinente, com destaque para os dispositivos legais preconizados na Constituição da República e na Lei Municipal 1.132/90.

¹⁷ De acordo com Cavalieri Filho (Programa de responsabilidade civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009), no que diz respeito à aferição de eventual ocorrência de erro grosseiro na esfera da administração pública, entende-se que o dever de cuidado objetivo incide como elemento de responsabilidade não sobre a figura de um “homem médio”, entendido como aquele que é diligente e cuidadoso em suas condutas, mas sobre o que se convencionou chamar de “homem médio administrativo” ou “gestor médio” –, que é medida “[...] pelo que ordinariamente acontece, não pelo extraordinariamente possa ocorrer”.

¹⁸ Entendido como aquele “[...] que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.” (Acórdão 2.391/2018-Plenário, do Tribunal de Contas da União, proferido pelo Ministro Benjamin Zymler).

Por esses motivos, acompanho o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, de modo que nego provimento ao recurso em relação ao item em destaque, mantendo a responsabilização imputada ao recorrente, nos exatos termos delineados no Acórdão TC 655/2020-3 – 1ª Câmara.

Ante todo o exposto, acompanho o entendimento da área técnica e divirjo parcialmente¹⁹ do posicionamento do Ministério Público de Contas, de modo que VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-1274/2021 – 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. CONHECER e, no mérito, **dar provimento parcial** ao Recurso de Reconsideração, a fim de reformar o Acórdão TC 655/2020-3 – 1ª Câmara, afastando a responsabilidade do Sr. Paulo Fernando Mignone no que se refere às irregularidades expostas nos itens 2.2.4. (Da prorrogação de Vigência de Contrato sem termo aditivo e sem justificativa) e 2.2.5 (Pagar, Autorizar ou Receber salário enquanto servidor está em gozo de benefício previdenciário pelo regime geral) desta decisão, revendo o valor da multa pecuniária individual aplicada com base no art. 135, incisos II e III da LC 621/2012 c/c o art. 389, III, do RITCEES para o montante de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com a consequente manutenção das demais disposições do mencionado Acórdão;

1.2. DAR CIÊNCIA ao interessado acerca desta decisão, nos termos regimentais;

1.3. ARQUIVAR os autos, após o trânsito em julgado.

¹⁹ Divergência em relação ao provimento do recurso no tocante aos itens 2.2.4 e 2.2.5 desta decisão.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 04/11/2021 - 58ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANÁSTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões