



Acórdão 01277/2021-9 - Plenário

Processos: 04518/2020-2, 04517/2020-8, 04250/2020-2, 04085/2017-1

Classificação: Pedido de Reexame

UG: PMI - Prefeitura Municipal de Itapemirim

Relator: Rodrigo Coelho do Carmo

Interessado: BRUNO DA CUNHA ABDENOR, THIAGO PECANHA LOPES, MARCELLE PERIM ALVES, TAMARA DIAS WERMELINGER MAYRINK, ALINE PEREIRA PEDRA, ESTEVAO SILVA MACHADO, VIVIANE DA ROCHA PECANHA

Recorrente: LUCIANO DE PAIVA ALVES

Procuradores: GABRIEL QUINTAO COIMBRA (OAB: 12857-ES), JULIA SOBREIRA DOS SANTOS (OAB: 28157-ES), BRICIO ALVES SANTOS NETO (OAB: 23735-ES), DIEGO LIBARDI LEAL (OAB: 23987-ES), LUIZ FERNANDO DA SILVA PEDRA JÚNIOR, FLAVIO COUTINHO SAMPAIO (OAB: 9133-ES)

**RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO – CONHECER
– PRINCIPIO DA FUNGIBILIDADE – PROVIMENTO
PARCIAL – AFASTAR MULTA – DEIXAR DE
DETERMINAR A INSTAURAÇÃO DE TOMADA DE
CONTAS ESPECIAL – REMETER – ARQUIVAR.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO:

I – RELATÓRIO

Os autos tratam de Recurso de Reconsideração, com pedido de sustentação oral interposto pelo **Sr. Luciano de Paiva Alves**, em face do Acórdão TC 674/2020 – Plenário proferido nos autos do Processo TC 04085/2017 que concluiu por:

1. ACÓRDÃO TC-674/2020:

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

1.1 Por todo o exposto e, com base na fundamentação acima expendida, rejeito a preliminar de “**Ausência de competência do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCEES) para atuar no presente caso**”, suscitada pela defesa do Sr. Estêvão Silva Machado, bem como a preliminar de “**Boa-fé da responsável na prática dos atos**”, suscitada pela defesa da Sra. Viviane da Rocha Peçanha Sampaio;

1.2. No mérito, tendo sido conhecida a presente Denúncia, julgá-la **PROCEDENTE** para reconhecer a prática da seguinte irregularidade, atribuindo a responsabilidade pela mesma aos responsáveis abaixo indicados:

3.1.1 Pagamento Indevido de Gratificação a Servidor Contratado Temporariamente para a Estratégia da Saúde da Família

Critérios: Art. 37, caput, (princípio da legalidade) da CF/88, c/c Art. 15 da Lei Complementar Municipal 186/2014 e art. 9º, caput, e incisos I a VII da Lei Municipal 2.871/2015.

Responsáveis:

- Luciano de Paiva Alves

OBS: Imputação de ressarcimento correspondente a 488.132,141 VRTE

- Thiago Peçanha Lopes

OBS: Imputação de ressarcimento correspondente a 357.769,498 VRTE

- Marcelle Perim Alves Viana

OBS: Imputação de ressarcimento correspondente a 22.986,234 VRTE

1.3. Tendo em vista a existência de dano presentificado no corpo da **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 04036/2018**, ratificada pela **Manifestação Técnica nº. 06834/2019**, converter os autos em **Tomada de Contas Especial**, na forma do artigo 57, inciso IV, da Lei Complementar 621/2012 e do art. 329, § 8º da Resolução TCEES nº. 261/2013;

1.4. Em vista do acima exposto voto, ainda, por:

- Acolher as razões de justificativas dos senhores **Estevão Silva Machado e Viviane da Rocha Peçanha Sampaio**, em relação à irregularidade disposta na **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 04036/2018**, ratificada pela **Manifestação Técnica nº. 06834/2019**;
- Rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelo senhor **Luciano de Paiva Alves**, quanto à irregularidade disposta na **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 04036/2018**, ratificada pela **Manifestação Técnica nº. 06834/2019**, condenando-o solidariamente aos demais responsáveis, ao ressarcimento dos valores a serem apurados em Tomada de Contas Especial a ser instaurada pelo Município de Itapemirim/ES;
- Rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelo senhor **Thiago**

Peçanha Lopes, quanto à irregularidade disposta na **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 04036/2018**, ratificada pela **Manifestação Técnica nº. 06834/2019**, condenando-o ao ressarcimento dos valores a serem apurados em Tomada de Contas Especial a ser instaurada pelo Município de Itapemirim/ES;

- Imputar à Sra. **Marcelle Perim Alves Viana**, Procuradora do Município de Itapemirim/ES, em vista da revelia e do conjunto fático-probatório constante dos autos, quanto à irregularidade disposta na **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 04036/2018**, ratificada pela **Manifestação Técnica nº. 06834/2019**, a pena de ressarcimento dos valores a serem apurados em Tomada de Contas Especial a ser instaurada pelo Município de Itapemirim/ES

1.5. Aplicar multa individual, no importe de R\$ 3.000,00 (três mil reais) aos Srs. Luciano de Paiva Alves e Thiago Peçanha Lopes, bem como à **Sra. Marcelle Perim Alves Viana**, com amparo no artigo 135, II da LC 621/2012;

1.6 Cientificar a Interessada a respeito desta decisão;

1.7. Arquivar os autos, após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

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

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente/relator), Domingos Augusto Taufner e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

5. Fica o responsável obrigado a comprovar 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.

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

LUCIANO VIEIRA

Procurador de Contas em substituição ao procurador-geral

Em face ao referido Acórdão também foram opostos Embargos de Declaração, processo TC 4250/2020, pelo Ministério Público de Contas, resultando no Acórdão

TC 228/2021 – 2ª Câmara, que reformou parcialmente o Acórdão TC 674/2020 – Plenário.

Encaminhado os autos ao Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC onde foi elaborada Instrução Técnica de Recurso 302/2021-1, que opinou pelo conhecimento do recurso, e no mérito pela negativa de provimento, mantendo-se o Acórdão TC – 674/2020 – Plenário com as devidas reformas introduzidas pelo Acórdão TC 228/2021 –2ª Câmara.

Por meio de **Parecer 5207/2021-1**, o Ministério Público de Contas manifestou-se pelo conhecimento e total desprovimento conforme argumentação fática e jurídica adotada na Instrução Técnica de Recurso **00302/2021-1**.

Na sequência os autos me foram remetidos. É o relatório.

II – DA ANÁLISE DE CONTEXTO (conforme preceitua o art. 22 da LINDB)

II.1 – CONTEXTO PROCESSUAL

Tratam os autos de Recurso de Reconsideração com pedido de sustentação oral interposto pelo Sr. Luciano de Paiva Alves, em face do Acórdão TC 674/2020 – Plenário, prolatado nos autos do processo TC 04085/2017, que rejeitou as razões de justificativas por ele apresentadas, referente a manutenção da irregularidade intitulada “Pagamento Indevido de Gratificação a Servidor Contratado Temporariamente para a Estratégia da Saúde da Família”, condenando-o ao ressarcimento dos valores a serem apurados em Tomada de Contas Especial a ser instaurada pelo Município de Itapemirim/ES, bem como aplicou-lhe multa no valor de R\$3.000,00 (três mil reais).

Em face ao referido Acórdão também foram opostos Embargos de Declaração, processo TC 4250/2020, pelo Ministério Público de Contas, resultando no Acórdão TC 228/2021 – 2ª Câmara, que reformou parcialmente o Acórdão TC 674/2020 – Plenário. A saber:

1.1. CONHECER do recurso de embargos de declaração interposto em face

do Acórdão TC 674/2020 - Segunda Câmara, proferido nos autos do Processo TC nº. 04085/2017-1, pelo Ministério Público Especial de Contas;

1.2. DAR PROVIMENTO PARCIAL ao mesmo para:

1.2.1. Sanar contradição contida no julgamento do item 3.1.1 - Pagamento Indevido de Gratificação a Servidor Contratado Temporariamente para a Estratégia da Saúde da Família contido no Acórdão supra, retirando a quantificação da pena de ressarcimento ali determinada;

1.3. NÃO ACOLHER omissão quanto a aplicação da pena de inabilitação aos responsáveis, nos termos deste voto;

1.4. DAR ciência ao Ministério Público Especial de Contas e aos Srs. Luciano de Paiva Alves e Thiago Peçanha Lopes;

1.5. ENCAMINHAR o feito ao Relator do Recurso de Reconsideração autuado nos autos do Processo TC nº. 04517/2020, após o trânsito em julgado.

2.

3. Data da Sessão: 26/02/2021 – 8ª Sessão Ordinária da 2ª CÂMARA

4. Especificação do quórum:

4.1 Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente/relator) Domingos Augusto Taufner e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

Em síntese a área técnica por meio de **Instrução técnica de Recurso 302/2021-1** analisa quanto aos requisitos de admissibilidade, no que tange a desconversão da Tomada de Contas e do Princípio da Fungibilidade, onde ficou concluído a tempestividade do presente recurso. Além disso, destaca sobre a irregularidade apontada, relatando o interesse do recorrente, e concluindo pela negativa de provimento, mantendo o Acórdão TC – 674/2020 – Plenário com as devidas reformas introduzidas pelo Acórdão TC 228/2021 –2ª Câmara.

Ato contínuo, sobreveio o Parecer do Ministério Público de Contas **5207/2021-1** que oficiou pelo conhecimento do Pedido de Reexame e, no mérito, seja negada provimento.

Após, os autos vieram a este Gabinete para decisão.

II.2 CONTEXTO DOS FATOS

O presente processo origina de denúncia (Processo 04085/2017) denúncia em face da Prefeitura de Itapemirim, noticiando possível pagamento indevido de gratificação a servidores contratados temporariamente para atendimento no programa Estratégia da Saúde da Família (ESF), que teria sido concedida com base no Decreto 11.774, de 21 de junho de 2017.

O Representante apontou que as gratificações concedidas estariam previstas em lei municipal destinada a contemplar, exclusivamente, servidores efetivos, não havendo possibilidade de sua extensão àqueles contratados de forma temporária. A peça inicial indica, exemplificativamente, as servidoras Aline Pereira Pedra e Tamara Dias Wermerlinger Mayrink como beneficiárias indevidas do pagamento das gratificações.

Em síntese, questiona-se o fato de as gratificações terem sido concedidas por meio de decreto que utilizou como fundamento a previsão legal de gratificação contida em lei que seria somente aplicável aos servidores efetivos.

O recorrente busca ser excluído polo passivo do processo TC 4085/2017, sob o argumento de que o Acórdão TC 674/2020 teria extrapolado o limite da denúncia, “incluindo matéria, objeto, fato, circunstâncias, elementos de convicção e autoria, que não integraram a Denúncia”, imputando-lhe responsabilidade sem que o mesmo tivesse participado, de qualquer forma, o objeto da denúncia.

Solicita ainda que: *a) caso seja mantida a procedência da Denúncia, o envio do processo ao Prefeito e a Câmara Municipal, nos termos preconizados pelo art. 179 da Resolução 261/2013, para apurações e demais providências cabíveis; b) seja determinada a abertura de processo específico ou tomada de contas especial para apuração de eventual prática de ato semelhante ao denunciado, porém com base em instrumento jurídico distinto do Decreto nº 11.774/2017, objeto da denúncia. Tudo em devido processo separado e apartado do presente, permitindo-se ampla defesa em todas as fases, por ser a única forma de se fazer justiça. c) sejam garantidos todos os direitos legais de defesa, a observância do devido processo legal, a oportunidade de produção de provas, inclusive a juntada de documentos, e manifestação oral em momento oportuno.*

A área técnica por sua vez, entendeu que o argumento interposto pelo recorrente se refere a ampliação do escopo da fiscalização quando da verificação da concessão irregular de gratificação a servidores contratados temporariamente para a estratégia da saúde familiar, estendendo a todos os períodos em que ocorreu a referida irregularidade, não se limitando ao período e nem ao instrumento concessor da gratificação narrado na denúncia.

Nessa linha, o corpo técnico entendeu que, não haveria como albergar a pretensão recursal, que foi acolhida pelo Ministério Público em seguida.

Tecidas tais considerações contextuais, passo a fundamentar.

III – FUNDAMENTAÇÃO

III.1 DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE E DOS PRESSUPOSTOS RECURSAIS

Inicialmente observa-se ser a parte capaz e possuir interesse e legitimidade processual.

Em relação ao cabimento, constata-se que o instrumento utilizado é adequado à hipótese, tendo em vista o lecionado no artigo 164 da LC 621/2012:

Art. 164. De decisão definitiva em processo de prestação ou tomada de contas, cabe recurso de reconsideração, com efeito suspensivo, para apreciação do Plenário, podendo ser formulado uma só vez e por escrito, pela parte, pelo interessado ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, dentro do prazo de trinta dias, contados da forma prevista nesta Lei Complementar.

No tocante ao prazo recursal, a Secretaria Geral das Sessões, informou a notificação do Acórdão TC 228/2021, prolatado no Processo TC 4250/2020, referente aos Embargos de Declaração face o Acórdão 674/2020, onde foi disponibilizada no Diário oficial eletrônico deste Tribunal no dia **08/03/2021**, sendo publicada no dia **09/03/2021**, nos termos dos artigos 62 e 66, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012 c/c art. 5º da Resolução TC nº 262/2013.

O prazo para interposição do Pedido de Reexame em face do mencionado Acórdão venceu em **08/04/2021**, tendo sido o presente recurso protocolizado em **14/09/2020**, configurando o mesmo como **tempestivo**, conforme disposto no art. 408, § 5º c/c art. 411, §§ 3º e 4º do Regimento Interno do TCEES.

III.1.1 Da desconversão da Tomada de Contas e do Princípio da Fungibilidade

Conforme disposto na análise técnica, é importante relatar que no dia **14/09/2020** o presente expediente foi interposto como Recurso de Reconsideração, quando em curso os Embargos de Declaração opostos pelo Ministério Público (processo TC 4250/2020), em face do mesmo acórdão a que se recorre (Acórdão TC 674/2020).

O julgamento dos Embargos de Declaração findou com o Acórdão TC 228/2021 da 2ª Câmara, com o provimento parcial, a fim de sanar a contradição retirando a quantificação da pena de ressarcimento, afastando o valor de ressarcimento, que deverá ser apurado em Tomadas de Contas Especial a ser realizada pela Prefeitura de Itapemirim, deixou-se de existir um dos requisitos para a conversão do processo em Tomada de Contas Especial.

Portanto, depreende-se que a decisão proferida no **Acórdão TC 288/2021** deve alcançar o Acórdão **TC 674/2020**, também no que se refere a conversão dos autos em Tomada de Contas Especial, implicando, por consequência, na desconversão da Tomada de Contas, devendo, portanto, classificar o processo **TC 4085/2017 como de Fiscalização**.

Nesse cenário, ficou evidente o equívoco da interposição do **Recurso de Reconsideração** considerando que a decisão recorrida foi prolatada em sede de processo com natureza de fiscalização, sendo, portanto, impugnável pela via recursal do **Pedido de Reexame**, conforme o texto disposto no art. 166, caput, 4 da LC 621/2012. Porém é importante frisar que tal erro não se configura grosseiro por parte do recorrente, uma vez que ambos os recursos possuem o mesmo prazo de trinta dias para a interposição.

Assim, entendo possível e cabível a aplicação da **regra da fungibilidade recursal** constituída no art. 399, do RITCEES, considerando a desconversão do processo TC 4085/2017, razão pela **conheço** o presente expediente como **Pedido de Reexame**.

III. 2 DO MÉRITO RECURSAL

Inicialmente, cumpre salientar que o Recorrente se insurgiu contra o seguinte apontamento de irregularidade que culminou na emissão de acórdão em que o condenou ao pagamento de multa, bem como na determinação de Tomada de Contas para apuração do débito e possível ressarcimento ao erário:

- Pagamentos indevidos de gratificação a servidor contratado temporariamente para a estratégia da saúde da família

Passamos à análise.

III.2.1 – DO INDÍCIO DE IRREGULARIDADE E POSSÍVEIS RESPONSÁVEIS

III.2.1.1 Pagamentos indevidos de gratificação a servidor contratado temporariamente para a estratégia da saúde da família

Buscando ser excluído do polo passivo do processo TC 4085/2017, o recorrente argumenta que o Acórdão TC 674/2020 teria extrapolado o limite da denúncia, “incluindo matéria, objeto, fato, circunstâncias, elementos de convicção e autoria, que não integraram a Denúncia”, imputando-lhe responsabilidade sem que o mesmo tivesse participado.

Esclarece ainda que o objeto da denúncia estaria limitado ao pagamento das gratificações concedidas a servidores temporários baseado no Decreto 11.774, de 21 de junho de 2017, período em que o mesmo não fazia mais parte da Administração Municipal, portanto estaria sendo acusado de irregularidade ou ilegalidade por atos praticados por outros gestores.

Por fim, solicita que, caso seja mantida a procedência da Denúncia, seja enviado o processo ao Prefeito e a Câmara Municipal, seja determinada a abertura de

processo específico ou tomada de contas especial para apuração de eventual prática de ato semelhante ao denunciado, porém com base em instrumento jurídico distinto do Decreto nº 11.774/2017, objeto da denúncia e que sejam garantidos todos os direitos legais de defesa, a observância do devido processo legal, a oportunidade de produção de provas, inclusive a juntada de documentos, e manifestação oral em momento oportuno.

Em sede de Instrução Técnica de Recurso 302/2021-1, ficou evidente que o argumento interposto pelo recorrente se refere a ampliação do escopo da fiscalização quando da verificação da concessão irregular da suposta irregularidade, estendendo a todos os períodos em que ocorreu a referida irregularidade, não se limitando ao período e nem ao instrumento concessor da gratificação narrado na denúncia.

Além disso, aponta o fato dos Tribunais de Contas não se submeterem ao princípio da demanda, uma vez que, agem de ofício quando seu corpo técnico, se deparam com irregularidades e desconformidades entre as condutas do jurisdicionados e as prescrições normativas aplicáveis à espécie. Portanto, não há que se falar em irregularidade, nem em nulidade, quando o corpo técnico dos Tribunais de Contas no curso da realização de suas auditorias, deflagradas de ofício ou mediante provocação externa, ampliem o escopo estabelecido.

O Tribunal tutela direitos e interesses indisponíveis e tem atuação variada, que engloba desde a coleta de provas até o próprio julgamento do mérito das irregularidades apontadas. O plano de fiscalização é sobretudo um instrumento de gerenciamento de recursos disponíveis, configurando-se em assunto interno dessa Corte.

Nessa linha, encampando o entendimento técnico, que fora acolhido pelo MPEC, entendo pela manutenção da decisão objurgada quanto à configuração da irregularidade em debate, considerando que não há elementos nestes autos capazes de elidi-la.

De fato, como bem consignado no Acórdão combatido, muito embora a intenção dos responsáveis citados para a defesa dos atos seja louvável, alguns pela concessão do benefício com a edição do decreto guerreado e outros com a mera manutenção do mesmo no ordenamento jurídico, tenho que a forma escolhida pela Administração Pública para a solução do caso concreto não foi a mais adequada.

Nem previsão contida na alínea “b”, do art. 84, VI, da Constituição Federal de 1988 permite concluir pela existência dos chamados “decretos independentes” ou “autônomos”, já que os atos cuja regulamentação por decreto é ali possibilitada não criam nem extinguem direitos e obrigações diretamente, apenas de forma reflexa atingem a esfera jurídica de terceiros.

Logo, concordando com a decisão de piso e em linha com meu entendimento assentado no bojo do TC 4517/2020, entendo que a concessão da gratificação por meio de decreto do Chefe do Poder Executivo Municipal revela-se como inidônea ante a forma adotada para o reconhecimento do direito dos servidores, sendo este o fundamento adequado para a caracterização da irregularidade constante dos autos.

Desta forma, mantenho os termos do Acórdão TC 674/2020 no que se refere à configuração da irregularidade dos **pagamentos indevidos de gratificação a servidor contratado temporariamente para a estratégia da saúde da família, por meio de Decreto.**

IV – DO JULGAMENTO

V.1 – Da análise de conduta dos responsáveis (conforme preceitua o art. 28 da LINDB)

Recentemente a conduta do agente --- ou a culpabilidade da conduta do agente ---, vem sendo amplamente debatida nas Corte de Contas. Isso, porque com os acréscimos inseridos pela Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro – LINDB no ordenamento jurídico pátrio a análise de culpa passou a exercer protagonismo nas decisões.

Em sendo assim, a culpabilidade do agente é amparada na avaliação de reprovabilidade da conduta praticada ou omissa, respectivamente, por quem praticou ou por quem tinha o dever de fazê-lo.

Na esfera Penal, “diz-se que é um juízo de reprovação pessoal sobre a conduta típica (comportamento humano que é descrito pela lei como infração penal) e antijurídica (ilícita)”. Welzel, com a criação da teoria finalista, passa a inserir na decisão uma análise de valor, com elementos subjetivos.

A partir da doutrina de Welzel, qual seja, a Teoria Finalista, é a consciência da antijuridicidade; a ação humana só se transmudará em injusto à luz do juízo de valor que a torna contrária às exigências do Direito; a tipicidade – que de início foi considerada por seu criador (Ernst von Beling) como indício da antijuridicidade – evoluiu para ser a ratio cognoscendi da antijuridicidade.

No âmbito do TCU, a ideia de valoração do grau de censura da conduta do agente pode ser constatada em diversas deliberações. Por vezes, **aponta-se que o ato foi praticado em desconformidade com a lei, que houve uma irregularidade, sinaliza-se para a presença de culpa, ocasionalmente leve ou levíssima, fatos esses que devem ser observados nas diversas circunstâncias do caso concreto.**

59. Nos processos de controle externo, os fatores que influenciam na dosimetria da pena não estão estabelecidos em lei ou no nosso regimento, mas decorrem de nossa própria construção jurisprudencial, feita paulatinamente a cada situação concreta. Atualmente, é sedimentado que na dosimetria da pena **consideram-se aspectos como: nível de gravidade dos ilícitos, materialidade e grau de culpabilidade do agente, valoradas as circunstâncias do caso concreto** (Acórdãos 2.053/2016, 1.484/2016 e 944/2016, todos do Plenário, entre vários outros).

Acórdão 483/2017-Plenário - Data da sessão: 22/03/2017 – Relator: BRUNO DANTAS

11. No que se refere aos demais servidores da Funasa, [Responsável 3] e [Responsável 4], embora entenda que **possuam menor culpabilidade, uma vez que não praticaram as irregularidades diretamente**, considero que não podem ser eximidos de responsabilização, pois, ao efetuarem o

exame do termo de referência, com o intuito de aprová-lo, era exigível que detectassem as irregularidades, sobretudo considerando que elas haviam sido objeto de questionamento por parte de pretensos licitantes. **Não obstante, o menor grau de culpabilidade desses agentes deve influenciar na dosimetria da multa."**

Acórdão 1166/2016-Plenário - Data da sessão: 11/05/2016 – Relator: BRUNO DANTAS

Em sendo assim, uma vez reconhecida a irregularidade, exsurge a **necessidade de se analisar a culpabilidade do agente, de forma que esta passa a ser o principal fator a ser considerado no julgamento**. Se o ato é contrário a lei, não há que se questionar a irregularidade, no entanto, faz-se necessário analisar se aquele ato é culpável.

O artigo 28 da Lei nº 12.376, de 2010¹, 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.

No âmbito dos Tribunais de Contas, a relevância do artigo 28 da LINDB se manifesta especialmente sob a perspectiva de que a culpabilidade do agente passa a constituir elemento protagonista na apreciação de julgamento.

Nessa toada, já houve posicionamento sobre o tema nos autos do TC 3331/2019 e do TC 4383/2018, ambos da relatoria do Conselheiro Rodrigo Chamoun, de cujo teor destaca-se o trecho:

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.

¹ Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Vê-se, portanto, que o art. 28, da LINDB não condicionou a responsabilização do agente público à existência de dolo ou culpa, como tradicionalmente se conhecia.

Desse modo, o Conselheiro Chamoun fez constar nos processos supracitados que a inovação legislativa trouxe a ideia de que o “erro grosseiro se aproximou do conceito de culpa grave, não bastando, a partir de então, que se identifique qualquer atuação culposa do gestor, em grau leve ou levíssimo por exemplo, pois tais graus de culpa não são mais determinantes para ensejar a responsabilização do agente público perante o ordenamento jurídico pátrio”.

Nesse sentido é a lição de Damásio de Jesus, para quem “há erro invencível (escusável ou inculpável) quando não pode ser evitado pela normal diligência. Qualquer pessoa, empregando a diligência ordinária exigida pelo ordenamento jurídico, nas condições em que se viu o sujeito, incidiria em erro”.²

A fim de objetivar o presente estudo, o erro grosseiro a que se refere o art. 28 da LINDB, ainda que se entenda como culpa grave ou como erro inescusável, deve ser considerado como **aquele que não seria cometido pelo homem médio se estivesse nas mesmas circunstâncias do agente público cuja conduta está sob julgamento.**

Trazendo tais reflexões para os processos dos Tribunais de Contas, parece adequado que a apreciação aqui procedida se inspire em tais premissas quando do processo de controle puder resultar penalização. Isso, porque a própria Lei Complementar Estadual nº 621/12, em todas as ocasiões em que estabelece a aplicação de sanções, traz o elemento gravidade para a consideração dos julgadores.

Quando se fala em sanção ao agente, deve-se observar as **dificuldades práticas que ele enfrentou** (art. 22 LINDB) e **suas consequências** (art. 20 LINDB), sendo

² JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 268. No mesmo sentido, mas no âmbito do direito civil: BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Vol. 1. 6ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1.940, p. 334. Apud NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002, p. 263. In: TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

passível de justificativa esse descumprimento, tendo, ainda, seus atos analisados conforme a gravidade (art. 28 LINDB).

Passamos à análise da conduta.

V.1.1 - LUCIANO DE PAIVA ALVES

O Recorrente foi Prefeito Municipal de Itapemirim nos períodos: de 01/01/2013 a 30/03/2015; de 26/08 a 27/08/2015; 04/09 a 31/12/2015; 01/01/2016 a 16/05/2016; 06/06/2016 a 16/06/2016; 30/06/2016 a 13/12/2016; 01/01/2017 a 28/04/2017.

Como exposto nos autos originários, ao então Prefeito Municipal fora arrolado nos autos pela conduta irregular de conceder gratificação a servidores temporários sem amparo legal.

Em sede de piso, o **Sr. Luciano de Paiva Alves** optou por não apresentar manifestação e, em sede recursal, defendeu-se, em tese, arguindo que houve teria extrapolado o limite da denúncia, “incluindo matéria, objeto, fato, circunstâncias, elementos de convicção e autoria, que não integraram a Denúncia”, imputando-lhe responsabilidade sem que o mesmo tivesse participado, como acima relatado.

A denúncia noticiou possível ilegalidade no pagamento de gratificação para duas servidoras contratadas temporariamente para a Estratégia da Saúde da Família (ESF).

De acordo com a denúncia, a legislação do Município de Itapemirim previu o pagamento de gratificação para participação no ESF apenas para os servidores efetivos.

Com base nos demais documentos trazidos aos autos de piso, verificou-se que 22 servidores temporários foram beneficiados com o pagamento da referida gratificação (para participação no ESF). Também que os pagamentos tiveram início em 2013 e vigoraram até o presente ano de 2018, quando foi deferida medida cautelar para a suspensão de novos pagamentos (no presente processo).

Como apontado na denúncia e trazido na Instrução Técnica Inicial (ITI) 400/2018, os pagamentos da gratificação para participação no ESF indicaram como fundamento o § 1º do art. 15 da Lei Complementar 186/2014 (do Município de Itapemirim), cujo teor é o seguinte:

LEI COMPLEMENTAR Nº 186, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2014.

INSTITUI O PLANO DE CARREIRA DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO QUADRO DA SAÚDE DO MUNICÍPIO DE ITAPEMIRIM E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

(...)

Art. 15. **Ficam criados incentivo estratégia de saúde da família em valores estabelecidos no Anexo IX, com as seguintes classificações:**

§ 1º **O incentivo de que trata o caput deste artigo será pago a todos os servidores que atuarem nas estratégias Saúde da Família, independente da carreira a que esteja vinculado.**

§ 2º Caberá à Administração Municipal o estabelecimento das estratégias de que trata o caput deste artigo, bem como da identificação dos profissionais que atuam em cada uma delas.

§ 3º Só terá direito ao pagamento do incentivo de que trata este artigo o servidor que não tiver nenhuma falta injustificada e cumprir a carga horária de 40 (quarenta) horas semanais estabelecida na Estratégia da Saúde da Família. (Redação dada pela Lei Complementar nº 202/2017)

§ 4º O incentivo compensará o aumento da carga horária para os cargos ocupantes das Classes E e F. (Redação dada pela Lei Complementar nº 202/2017)

Também como apontado na denúncia e registrado na ITI 400/2018, a LC 186/2014 só se aplicaria aos servidores efetivos, tendo em vista a redação do artigo 1º, que registrou a instituição do Plano de Carreira dos Servidores Públicos do Quadro de Saúde:

Lei Complementar Municipal 186/2014

Institui o Plano de Carreira dos Servidores Públicos do Quadro da Saúde do Município de Itapemirim e dá Outras Providências.

(...)

Art. 1º **Fica instituído o Plano de Carreira dos Servidores Públicos do Quadro da Saúde do Município de Itapemirim composto pelos cargos efetivos** da estrutura administrativa municipal, detalhados nos Anexos desta Lei.

Nessa perspectiva, a ITI 400/2018 registrou erro grosseiro no parecer da Procuradora do Município, tendo em vista que, com fundamento nessa mesma Lei Complementar 186/2014, a Dra. Marcelle Perim Alves Viana consignou que o benefício seria devido aos servidores temporários atuantes nas Estratégias Saúde da Família, o que ensejou o gestor do município a deferir o pagamento da aludida gratificação.

Reforça a hipótese de erro grosseiro o teor da Lei Municipal 2871/2015, que disciplina a contratação temporária de excepcional interesse público, estabelecendo em seu art. 7º que a remuneração do servidor contratado será fixada com base na jornada de trabalho e na tabela de vencimentos, praticada pela administração direta.

Como assentado na ITC 4036/2018, no que tange ao parecer, cabia a procuradora do município Marcelle Perim Alves Viana conhecer a legislação do Município e, em especial, conjugar integralmente os dispositivos pertinentes. Assim, ao subscrever parecer pela legalidade do ato contrariamente ao que se infere do conjunto da legislação e acepções dos termos legais, praticou erro grosseiro e veio a dar causa a pagamento irregular de gratificação a servidores do ESF.

Pois bem, a despeito de entender que as **razões recursais** são deficitárias, analisando conjuntamente os recursos interpostos pelo **Sr. Thiago Peçanha (TC 4517/2020)** e pelo **Sr. Luciano de Paiva Alves (presente expediente)**, bem como **revistando os autos do TC 04085/2017-1**, entendo que pertinente realizar um aproveitamento nos julgamentos, com vistas a evitar decisões conflitantes, posto que em face da mesma decisão, qual seja, Acórdão TC 674/2020 –Plenário proferido nos autos do Processo TC 04085/2017.

In casu, verifico que a irregularidade constatada, teve como ponto central uma questão jurídica, que não fora enfrentada adequadamente pela Procuradoria no exercício do controle prévio de legalidade do ato normativo e deixou de alertar ao gestor da PMI quanto a irregularidade da concessão da gratificação. Trata-se de um **erro grosseiro cometido pelo órgão de controle jurídico** que acabou por induzir o Prefeito ao erro na edição do Decreto e, de maneira reflexa, aos servidores que foram contemplados com o recebimento de tal verba.

Permeando o objeto em debate, esta Corte assim se manifestou no Acórdão 00792/2020:

“PEDIDO DE REEXAME – IRREGULARIDADE FORMAL – DANO AO ERÁRIO NÃO CONFIGURADO – CONHECER – NEGAR PROVIMENTO – MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO TC 394/2019 PLENÁRIO – ARQUIVAR.

[...]

Deste modo, é incontroverso que no caso concreto desses autos a fixação de gratificação instituída em favor dos servidores integrantes das comissões de licitação deva ser feita por lei e não por decreto municipal. Tanto é assim que o próprio acórdão recorrido entendeu pela manutenção da irregularidade no seu item 1.2.2., in verbis:

[...]

Contudo, ainda que os pagamentos tenham se dado por meio de ato normativo irregular, eis que os decretos não possuem o condão de fixar ou alterar a remuneração dos servidores como já visto anteriormente, a irregularidade acaba por retratar uma irregularidade formal, posto que materialmente, não há questionamentos quanto a inexistência da prestação de serviços, bem como o próprio corpo técnico reconhece que foram efetivamente prestados e consideram o caráter alimentar atribuído a essas verbas o que fundamentam não serem passíveis de restituição pelos servidores que a perceberam, em especial porque não constam nos autos qualquer informação de que não teriam sido recebidas de boa-fé tais valores.

[...]

Dessa forma, entendo que ante a efetiva prestação do serviço, bem como à vedação do enriquecimento ilícito da administração e ante à ausência de demonstração de dano ao erário que impossibilita sua imputação de forma presumida os pagamentos realizados pela concessão de gratificação sem previsão legal (mediante decreto) tratada no acórdão objurgado devem ser mantidas apenas no campo formal o que me faz negar provimento ao Pedido de Reexame para manter incólume o Acórdão TC 394/2019. [...]” (TCEES, Acórdão 00792/2020-7 - Plenário, Processo 13800/2019-6, Relator Conselheiro Domingos Augusto Taufner, julgado em 20/08/2020) [grifo nosso]

Nesse sentido, valendo-me das razões expostas na decisão por mim proferida nos autos do **TC 4517/2020** entendo que, ainda que os pagamentos tenham se dado por meio de ato normativo irregular, eis que os decretos não possuem o condão de fixar ou alterar a gratificação dos servidores como decidido nos autos de piso, a irregularidade acaba por retratar uma irregularidade formal, posto que materialmente, não há questionamentos quanto a inexistência da prestação de serviços, e considerando o caráter alimentar atribuído a essas verbas o que

fundamentam não serem passíveis de restituição pelos servidores que a perceberam, em especial porque não constam nos autos qualquer informação de que não teriam sido recebidas de boa-fé tais valores.

Na mesma toada se manifestou a equipe técnica no Processo **Consulta TC-2059/2021** acerca da verba alimentícia recebida de boa-fé, refletindo ao entendimento do STF acerca da questão:

III.2 – Boa-fé dos beneficiários e verba alimentícia

[...]

Ou seja, conquanto a sustação dos pagamentos e consectários relativos à RGA inválida seja imperiosa, também é imprescindível preservar os pagamentos feitos antes da declaração de nulidade, não sendo necessária a devolução, por parte dos servidores, dos valores já pagos. Isso porque se trata de verba alimentícia recebida de boa-fé, o que impede que eles restituam os valores aos cofres públicos, conforme entendimento sedimentado do STF, como o ilustra o recente julgado da Corte Suprema, abaixo transcrito:

SEGUNDO A G .REG. E M MANDADO DE SEGURANÇA 31.244
DISTRITO FEDERAL – PRIMEIRA TURMA – 22/05/2020

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES REFERENTES AOS QUINTOS E AO PERCENTUAL DE 10,87% (IPC_r). IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. VANTAGEM CONCEDIDA POR INICIATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E EM DECORRÊNCIA DO CUMPRIMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS. PERCEPÇÃO DE BOA-FÉ. NATUREZA ALIMENTAR DA VERBA. SEGURANÇA CONCEDIDA PARCIALMENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As quantias percebidas pelos servidores em razão de decisão administrativa dispensam a restituição quando: **(i) auferidas de boa-fé; (ii) há ocorrência de errônea interpretação da Lei pela Administração; (iii) insito o caráter alimentício das parcelas percebidas, e (iv) constatar-se o pagamento por iniciativa da Administração Pública, sem ingerência dos servidores. Precedentes.**

2. In casu, o TCU determinou a devolução de quantias recebidas por servidores do TJDF, relativas ao pagamento de valores referentes ao percentual de 10,87%, em razão de decisões judiciais, bem como ao

pagamento do valor integral de função comissionada ou cargo em comissão cumulado com remuneração de cargo efetivo e VPNI, devido à decisão administrativa do Tribunal de Justiça interpretando a Lei 10.475/2002.

3. Em sede monocrática, concedeu-se parcialmente a segurança pleiteada UNICAMENTE para impedir qualquer determinação do Tribunal de Contas da União no sentido de devolução das quantias recebidas a maior, por parte dos substituídos do sindicato impetrante.

4. Consoante firme entendimento desta Suprema Corte, descabe a “restituição de valores percebidos indevidamente em circunstâncias, tais como a dos autos, em que o servidor público está de boa-fé” (MS 25.921/DF-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, PRIMEIRA TURMA, DJe de 28/9/2015). É que o reconhecimento posterior da ilegalidade de vantagem remuneratória “não determina, automaticamente, a restituição ao erário dos valores recebidos, salvo se comprovada a má-fé do servidor, o que não foi demonstrado nos autos.” (MS 26.085, Rel. Min. Cármen Lúcia, PLENO, DJe 13/6/2008).

5. Especificamente em relação aos quintos/décimos, o próprio Supremo Tribunal Federal expressamente ressaltou sua ilegalidade, porém modulou os efeitos decisórios a fim de proteger os princípios da boa-fé e da segurança jurídica (RE 638.115-ED-ED, Min. Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe em 31/1/2020). 6. Agravo regimental a que se NEGA PROVIMENTO.

Portanto, se a concessão de RGA desrespeita as regras necessárias para a validade da prática do ato, tais como as relativas à época da concessão, ocorrerá sua nulidade, porém ela não obrigará os servidores a restituírem os valores recebidos aos cofres públicos.

Nesse contexto, **considerando** que não há elementos nos autos que demonstrem que **houve dolo** do gestor, bem como tendo em vista que a decisão do mesmo fora subsidiada/amparada por um opinamento jurídico que deixou de abordar questão jurídico-constitucional elementar ao operador do Direito.

Nessa toada, **considerando** que os elementos nos autos (TC 4517/2020) demonstram que os servidores contemplados com tal verba desempenharam suas funções, ou seja, aqueles que foram beneficiados, frise-se, de boa fé, com o pagamento da gratificação, prestaram o serviço pelos quais foram remunerados.

Considerando, por fim, o entendimento do **STF** acima colacionado no sentido de que as quantias percebidas pelos servidores em razão de decisão administrativa dispensam a restituição quando Administração; (i) auferidas de boa-fé; (ii) há ocorrência de errônea interpretação da Lei pela Administração; (iii) ínsito o caráter alimentício das parcelas percebidas, e (iv) constatar-se o pagamento por iniciativa da Administração Pública, sem ingerência dos servidores.

Concluo, mantendo a coerência com minha decisão proferida nos autos do TC 4517/2018 divergindo, sobre estes aspectos, dos entendimentos técnico e do Ministério Público Especial de Contas, por reformar o v. Acórdão recorrido, deixando de imputar a multa ao **Sr. Luciano**, bem como de deixando determinar de instauração de Tomada de Contas Especial, em razão das circunstâncias fáticas e em consonância com o entendimento do STF em relação à impossibilidade de devolução dos recursos públicos recebidos de boa fé em consonância com o que dispõe o art. 22 e 28 da LINDB.

IV – CONCLUSÃO

Diante do exposto, **divergindo parcialmente dos posicionamentos técnico e ministerial**, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de ACÓRDÃO que submeto à sua consideração.

RODRIGO COELHO DO CARMO

Relator

1. ACÓRDÃO TC-1277/2021 – 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 do relator, em:

1.1. CONHECER do presente Recurso como **Pedido de Reexame**, em consonância com o art. 399 do RITCEES e visto presentes os requisitos de admissibilidade;

1.2. REFORMAR PARCIALMENTE o Acórdão TC 674/2020 –Plenário com as devidas reformas introduzidas pelo Acórdão TC 228/2021 – 2ª Câmara para:

1.2.1. Em relação ao **Sr. Luciano de Paiva Alves, afastar a aplicação de multa que lhe fora imputado**, nos termos desta decisão;

1.2.2. Deixar de determinar à municipalidade a instauração de Tomada de Contas, em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal colacionado e em linha com a posição desta Corte proferido no bojo do Processo 13800/2019-6;

1.3. REMETER os autos ao Ministério Público de Contas, após a confecção deste Acórdão nos termos do art. 62, parágrafo único da LC 621/2012;

1.4. DAR CIÊNCIA ao Recorrente, na forma regimental;

1.5. ARQUIVAR após trânsito em julgado.

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), Rodrigo Coelho do Carmo (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

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