



Acórdão 00146/2022-7 - Plenário

Processos: 00382/2021-6, 02952/2015-1, 00137/2015-1

Classificação: Pedido de Reexame

UG: IPAJM - Instituto de Previdência Dos Servidores do Estado do Espírito Santo

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Interessado: OSVALDO HULLE, DALTON LUIZ DE SOUZA

Recorrente: JOSE ELIAS DO NASCIMENTO MARCAL, Membros do Ministério Público de Contas (LUCIANO VIEIRA)

Procuradores: ADILSON JOSE CRUZEIRO (OAB: 12149-ES), EDMAR LORENCINI DOS ANJOS (OAB: 12122-ES)

PEDIDO DE REEXAME – IPAJM – INSTITUTO DE PREVIDENCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – ACÓRDÃO RECORRIDO 1312/2020-9 - CONHECER – NÃO DAR PROVIMENTO – DAR CIÊNCIA AOS RECORRIDOS – ARQUIVAR.

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

1. RELATÓRIO

Tratam os autos de Pedido de Reexame interposto pelo Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo, em face do Acórdão TC 1312/2020-9, proferido pelo Plenário desta Corte de Contas, nos autos do Processo TC 2952/2015-1, cuja parte dispositiva foi lavrada com o seguinte teor:

1. ACÓRDÃO TC-1312/2020:

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

1.1. ACOLHER as razões de justificativas do Sr. José Elias do Nascimento Marçal, Presidente Executivo do IPAJM, AFASTANDO-SE os indicativos de irregularidades apontados nos itens 5.1, 5.2 e 5.3 do RAO 18/2015, conforme a seguir:

- Realização de despesas com a locação de imóvel em prazo injustificado entre a contratação da locação do imóvel e sua ocupação (Item 5.1 do RAO 18/2015 e item 2.4 da ITC 4651/2018);
 - Contratação e realização de despesas de locação de imóvel em desacordo com edital de chamada pública (número de vagas de garagem) (Item 5.2 do RAO 18/2015 e item 2.5 da ITC 4651/2018);
 - Contratação e realização de despesas com a locação de imóvel por valor superior ao avaliado (Item 5.3 do RAO 18/2015, 2.6 da ITC 4651/2018, 3.1 da MT 1910/2020 e item 2.1.4 deste voto).
- 1.2. ACOLHER as razões de justificativas do Sr. Osvaldo Hulle - Presidente Executivo do IPAJM, AFASTANDO-SE os indicativos de irregularidades apontados nos itens 5.1 e 5.2 do RAO 18/2015;
- 1.3. REJEITAR parcialmente as razões de justificativas dos Srs. Osvaldo Hulle e José Elias do Nascimento Marçal, MANTENDO-SE sem o condão de macular os atos de gestão, os indicativos de irregularidades apontados nos itens 4.1, 4.2 e 4.3 do RAO 18/2015, conforme a seguir:
- Gestão ineficiente do equilíbrio financeiro e atuarial do Regime Próprio de Previdência do Estado do Espírito Santo, com dados cadastrais inconsistentes, incompatíveis e desatualizados (item 4.1 do RAO 18/2015, 2.1 da ITC 4651/2018, 3.2 da MT 1910/2020 e 2.1.1 deste voto);
 - Passivo atuarial subestimado – distorcendo as demonstrações contábeis e o Relatório Resumido da Execução Orçamentária do Governo do Estado (Item 4.2 do RAO 18/2015, 2.2 da ITC 4651/2018, 3.3 da MT 1910/2020 e 2.1.2 deste voto);
 - Liquidação irregular de despesas com a prestação de serviços de consultoria atuarial (Item 4.3 do RAO 18/2015, 2.3 da ITC 4651/2018 e 3.4 da MT 1910/2020 e 2.1.3 deste voto).
- 1.4. CONSIDERAR REGULARES COM RESSALVAS os atos praticados pelos senhores Osvaldo Hulle e José Elias do Nascimento Marçal, em razão das irregularidades mantidas nos itens 4.1, 4.2 e 4.3 do RAO 18/2015, ainda que sem o condão de macular os respectivos atos de gestão, sem aplicação de multa sugerida, conforme razões expendidas nos itens 2.1.1, 2.1.2 e 2.1.3 do voto;
- 1.5. AFASTAR A RESPONSABILIDADE do Sr. Dalton Luiz de Souza com relação ao indicativo de irregularidade apontado no item 4.3 do RAO (Liquidação irregular de despesas com a prestação de serviços de consultoria atuarial);
- 1.6. RECOMENDAR aos atuais gestores do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado do Espírito Santo, a adoção das seguintes providências com a finalidade de dar cumprimento à realização de uma gestão que observe o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, nos termos do art. 40, caput, da CF:
- i. criar um cadastro previdenciário único, suportado em bases legais, contemplando os dados de todos os segurados do ES-Previdência e todas as informações necessárias para a realização de um fidedigno estudo atuarial, além prever formas permanentes de mantê-lo atualizado e consistente, inclusive com o recadastramento dos servidores ativos;
 - ii. adotar medidas para que o ente federativo, a unidade gestora do RPPS e o atuário responsável pela elaboração da avaliação atuarial escolham conjuntamente as hipóteses biométricas, demográficas, econômicas e financeiras adequadas às características da massa de segurados e de seus dependentes para o correto dimensionamento dos compromissos futuros do RPPS, nos termos da Portaria MPS 403/2008, e que esses registros sejam feitos em atas e que constem no estudo atuarial.
 - iii. realizar as escolhas das premissas e hipóteses financeiras e atuariais suportadas em estudos de adequação/aderência a massa de segurados do ES-Previdência;
 - iv. dotar o IPAJM de estrutura física, tecnológica e de recursos humanos destinados ao gerenciamento das atividades de suporte a gestão atuarial;
 - v. estabelecer procedimentos administrativos para validar a base de dados de todos os segurados do ES-Previdência, e garantir a completude e a

consistência dos dados utilizados na avaliação do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência estadual;

vi. incluir nestas validações análises com vistas a verificar se todos os servidores cedidos ou em gozo de licenças com ou sem vencimentos, encontram-se retratados na base de dados a ser utilizada na realização dos estudos atuariais;

vii. incluir nestas validações análises com vistas a verificar se todos os servidores públicos admitidos por meio de concurso público no exercício e se todos os egressos de servidores, aposentados e/ou pensionistas foram excluídos da base de dados dos segurados a ser utilizada na realização dos estudos atuariais;

viii. adotar providências no sentido dar cumprimento às recomendações realizadas pela empresa de consultoria atuarial, dadas nos exercícios de 2009, 2011, 2012 e 2013, no tocante realização de análises das informações dos segurados, realizando checagens amostrais para validação e consistências das mesmas, além de realizar recadastramentos periódicos com vistas a manutenção atualizada dessas informações;

ix. propor projeto de lei ao Poder Executivo objetivando alteração na Lei Complementar 282/2004 com vistas a estabelecer a obrigatoriedade e prazos para que os Poderes remetam informações de seus segurados e respectivos dependentes ao IPAJM;

x. propor projeto de lei ao Poder Executivo com o propósito de alteração na legislação estadual da previdência, Lei Estadual 282/2004, e inclua a obrigatoriedade e a periodicidade da realização do recadastramento dos servidores ativos, vinculados ao RPPS;

xi. promover as ações necessárias com vistas a realizar levantamento do tempo de serviço anterior dos servidores públicos do Estado, vinculadas ao RPPS. Ressalta-se que não há necessidade de averbação deste tempo para fins de elaboração do estudo atuarial, essa informação seria utilizada para fins gerenciais;

xii. providenciar as medidas necessárias para correção da data de admissão dos servidores que constam na base de dados com data de admissão em 27/07/2007;

xiii. promover ações de revisão da classificação dos servidores nos fundos financeiro e previdenciário, nos termos da Lei Complementar 282/2004;

xiv. promover ações de educação continuada no sentido de sensibilizar os Poderes, órgãos e servidores do Estado, da importância de manutenção de seus dados cadastrais atualizados;

xv. promover ações de educação continuada junto aos Poderes e órgãos do Estado sobre o processo de geração das informações que dão suporte ao estudo atuarial, enquanto o cadastro previdenciário único não for implantado;

xvi. estabelecer uma política de armazenamento dos documentos, bancos de dados e informações que deram suporte à avaliação e reavaliações atuariais, nos termos do artigo 15 da Portaria MPS 403/2008; e

xvii. disponibilizar no portal eletrônico do IPAJM, em observância ao princípio da publicidade esculpido no caput do art. 37 da Constituição Federal, e no inciso VI do art. 1º da Lei Federal 9.717/98, as avaliações atuariais completas do Fundo Financeiro e do Fundo Previdenciário, desde a edição da Lei Complementar 282/2004.

1.7. RECOMENDAR aos atuais gestores do IPAJM:

a. avaliar a oportunidade e conveniência de se contratar um atuário para compor o quadro técnico do IPAJM ou da contratação de uma empresa de consultoria atuarial;

b. avaliar a oportunidade e conveniência de se contratar uma auditoria da avaliação atuarial com fins a subsidiar a liquidação da despesa; e

c. adequar a Portaria 082-R/2007 à legislação que a mesma regulamenta.

1.8. DAR CIÊNCIA ao Representante do Proc. 137/2015 do teor da decisão final a ser proferida por este Egrégio TCEES, conforme preconiza o art. 307, § 7º, da Res. TC 261/20131;

¹ Art. 307. Atuado e distribuído, o processo será encaminhado diretamente ao Relator, ou ao Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII, deste Regimento, com absoluta prioridade, para análise.

- 1.9. ACOLHER REQUERIMENTO DE CORREÇÃO DA GRAFIA do responsável Osvaldo Hulle, doravante, nos atos deste feito, e principalmente nos atos de comunicação;
- 1.10. RECOMENDAR A ÁREA TÉCNICA DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS que avalie a oportunidade e a conveniência em realizar fiscalização na previdência com objetivo de se mensurar as provisões matemáticas previdenciárias e validar a fidedignidade do equilíbrio financeiro e atuarial do ES-Previdência, nos moldes sugeridos pelo Relatório de Auditoria RA-O 18/2015;
- 1.11. DAR CIÊNCIA aos interessados, ARQUIVANDO-SE os autos, após trânsito em julgado.
2. Unânime.
3. Data da Sessão: 10/11/2020 - 41ª Sessão Ordinária do Plenário.
4. Especificação do quórum:
 - 4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (Presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges e Rodrigo Coelho do Carmo.

Por meio da Decisão Monocrática DECM 0091/2021-1, foram os senhores José Elias Nascimento Marçal, Osvaldo Hulle e Dalton Luiz de Souza, notificados para que apresentassem contrarrazões ao recurso interposto pelo Ministério Público Especial de Contas.

De acordo com o Despacho 10519/2021-3, oriundo da Secretaria Geral das Sessões, tal faculdade processual fora exercida tão somente pelos Srs. Osvaldo Hulle (evento 07) e José Elias do Nascimento Marçal (evento 08).

Posteriormente foram os autos em encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas - NRC, tendo sido elaborada a Instrução Técnica de Recurso ITR 002020/2021-9, que concluiu pelo conhecimento do recurso interposto e, no mérito, pelo provimento, sugerindo a reforma do Acórdão TC 01312/2020-9.

Encaminhados os autos ao Ministério Público de Contas, foi emitido o Parecer 5885/2021-7, que anuiu aos termos da ITR 002020/2021-9 e oficiou pelo conhecimento do Pedido de Reexame e, no mérito, dar-lhe total provimento para reformar o Acórdão 01312/2020-9 -Plenário nos exatos termos requeridos na exordial.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

[...]

§ 7º O representante será cientificado da decisão do Tribunal.

2.1. DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS RECURSAIS

Observando os pressupostos recursais, averiguo que a parte possui legitimidade e interesse jurídico na demanda.

Quanto ao cabimento, constato que o instrumento recursal é adequado, nos termos do artigo 166 da Lei Complementar nº 621/2012.

Por fim, verifica-se que sua interposição é tempestiva.

Dessa forma, também amparado na análise destes pressupostos no bojo da ITR 002020/2021-9, que propõe o conhecimento do presente recurso, analisando detidamente os autos, voto pelo CONHEÇIMENTO do recurso e passo à análise das questões suscitadas pelo Recorrente.

2.2. DA PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE

Antes de adentrarmos o mérito recursal, faz-se necessária a apreciação de questão preliminar suscitada pelo Recorrido, Sr. Osvaldo Hulle, consistente em suposta violação ao Princípio da Dialeticidade.

Alega o recorrido, em síntese, que *“as razões recursais repetem os mesmos argumentos ventilados no Parecer MPC – ITC 04651-2018-1, os quais foram didaticamente refutados no julgamento proferido no Acórdão recorrido”*.

Sustenta, ainda, que também *“há ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida, ofendendo-se o princípio da dialeticidade. Em se constatando de ausência de impugnação específica, o recurso não preenche os requisitos de admissibilidade”*.

Acrescenta jurisprudência deste TCEES tratando do tema que reconhece a inobservância do princípio da dialeticidade, nos seguintes termos:

[...]

(...) Realmente, verifica-se que o recorrente não se desincumbiu do ônus da impugnação específica, que em sede recursal é traduzida no princípio da dialeticidade (...).

(...) Com efeito, a ausência de provas, fundamento utilizado para o não conhecimento da denúncia, não foi especificamente impugnado pelo recorrente, que se limitou reiterar os argumentos e fato já narrados na denúncia, o que induz ao não conhecimento do recurso interposto.

(...) Importante destacar que no novo Código de Processo Civil o não conhecimento do recurso por ausência de impugnação específica à decisão vem positivado no art. 932 que assim disciplina, sendo aplicável subsidiariamente ao caso concreto (...).

(...) Assim sendo e melhor analisando os autos após a manifestação do Ministério Público de Contas, verifico não ser o caso de notificação de qualquer responsável para contrarrazões, visto que, de fato, o recurso não preenche requisitos de admissibilidade. (TCEES, Pedido de Reexame, Acórdão TC-1261/2016 – PLENÁRIO, Processo 07122/2016-5, Relator Conselheiro José Antônio Almeida Pimentel)

Pois bem.

Em que pesem os argumentos expendidos pelo Recorrido, estou convencido de que que não se aplicam à situação destes autos.

O ônus da dialeticidade nos recursos pressupõe, justamente, o dever da parte recorrente em apresentar não apenas os pedidos, mas a causa de pedir com argumentos. Nesse sentido, dispõe o inciso III do art. 932, Novo CPC:

Art. 932. Incumbe ao relator:

III – não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

Observa-se nestes autos, em primeiro lugar, que o Órgão Ministerial, ora recorrente, por diversas vezes faz menção a trechos do Acórdão TC 1312/2020-9 – Plenário em suas razões recursais, para em seguida apresentar seus argumentos de impugnação da decisão, consoante transcrevemos exemplificativamente:

O v. Acórdão manteve a irregularidade em epígrafe, contudo, absteve-se de aplicar multa pecuniária a Osvaldo Hulle e a José Elias do Nascimento Marçal, adotandoa seguinte argumentação:

[...]

Dito isso, é inconcebível reputar mera irregularidade formal uma infração somente pela possibilidade de que esta seja sanável pelas próximas gestões, visto que o caso vertente cuida claramente de ato de gestão inepto e desidioso impossibilita a evidenciação do equilíbrio financeiro e atuarial do regimento próprio, mormente pela ausência de fidedignidade, confiabilidade e atualização dos dados cadastrais do instituto.

.....

.....

Observa-se, da mesma forma como apontada acima, que a irregularidade em epígrafe foi mantida em todos os seus termos, mas considerou-se no v. acórdão recorrido que ela, por si só, não tem potencial ofensivo de macular as contas, senão vejamos:

[...]

Incorreu, portanto, o v. acordou(sic) em crasso erro de subsunção do fato à norma legal, não se podendo reputar a conduta como mera impropriedade formal.

.....
.....

Assim, não procede a alegação do recorrido de que não houve impugnação específica dos fundamentos contidos na decisão em apreço.

Além disso, este Tribunal de Contas já entendeu que não há obrigatoriedade de apresentação de novos documentos em grau recursal, para que esteja atendido o Princípio da Dialeticidade, podendo o recorrente se valer da documentação já constante dos autos para construir seus argumentos. (vide Acórdão TC 1324/2019-8 – Processo TC 10499/2016-9).

Ante o exposto, acolho o opinamento técnico contido na Instrução Técnica de Recurso 002020/2021-9, pelo **não acolhimento da preliminar suscitada**, uma vez que *“o recurso não padece de falta de dialética recursal, pois demonstra de forma clara os seus fundamentos para a reforma do Acórdão guerreado, devendo ser conhecido para a apreciação do mérito”*.

2.3 DO MÉRITO RECURSAL

2.3.1 – DA GESTÃO INEFICIENTE DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, COM DADOS CADASTRAIS INCONSISTENTES, INCOMPATÍVEIS E DESATUALIZADOS (Item 2.1.1 do Acórdão 1312/2020-9)

Compulsando os autos, acerca deste item verifico que o Ministério Público Especial de Contas (MPC) se insurge buscando a reforma do Acórdão TC 1312/2020-9 sob a alegação fundamental de que, diante da manutenção da irregularidade descrita no item “gestão ineficiente do equilíbrio financeiro e atuarial do regime próprio de previdência do estado do Espírito Santo, com dados cadastrais inconsistentes, incompatíveis e desatualizados”, deveria o colegiado ter aplicado a sanção pecuniária em desfavor dos Srs. Osvaldo Hulle e a José Elias do Nascimento Marçal.

Argumenta o MPC que trata-se de grave violação à norma legal, vez que o IPAJM não tem praticado uma gestão atuarial eficiente e eficaz do regime próprio de previdência uma vez que:

- não promoveram uma gestão atuarial suportada em plano de ação que contemplasse o gerenciamento dos riscos atuarias;
- não implementaram as ações necessárias para a construção de uma base de dados única de todos os segurados do ES-Previdência, e de formas de atualização permanentes desses dados, inclusive com a realização de recadastramento dos servidores ativos;
- não tomaram providências para implantar estrutura administrativa que tivesse como atribuição a gestão atuarial da previdência estadual;
- não foram designados servidores para realizar a gestão da informação cadastral dos segurados que é fonte primária para elaboração dos estudos atuariais;
- não providenciaram acesso à base de dados dos servidores ativos e inativos dos Poderes;
- não criaram rotinas para proceder com a validação e consistir as bases de dados encaminhadas para elaboração dos estudos atuariais;
- não determinaram aos atuários que fossem realizados testes para escolher as hipóteses biométricas e financeiras mais adequadas à massa de segurados;
- não armazenaram de forma sistemática e organizada os dados e os estudos atuariais; e
- nem tampouco deram acesso online aos resultados dos estudos atuariais, por meio do portal eletrônico do IPAJM.

Afirma ainda o MPC que mesmo diante de tamanha precariedade e ineficácia da gestão pública atuarial não foram demonstradas medidas para atuação positiva quer junto das unidades de recursos humanos quer em face dos inativos e pensionistas (...) o defendente não buscou atender as determinações vigentes à época, sendo ainda forçoso reconhecer que não buscou constituir uma equipe de governança com qualificação específica (atuário, entre outros), comprometendo tanto a organização quanto a sustentabilidade do regime previdenciário.

Os recorridos em suas contrarrazões alegam, em síntese, que o ES-Previdência, principalmente sua organização de gestão, encontrava-se em franca construção e aperfeiçoamento, e que os elementos cadastrais e financeiros, utilizados nos cálculos atuariais, em sua maioria, estavam sob a gestão dos órgãos de recursos humanos, em sistemas informatizados diversos, com baixa capacidade de sofrer atualização para incorporar dados e registros, de forma que qualquer melhoria na consistência e integridade da base cadastral dos segurados, ativos e aposentados, bem como na dos dependentes dependia da existência no IPAJM de sistema informatizado e integrado de gestão previdenciária, providencia estavam que, segundo alegam, já havia sido adotada com contratação do “Sistema Informatizado e Integrado de Gestão Previdenciária”.

Alegam ainda que a atualização dos dados cadastrais dos aposentados e pensionistas, de responsabilidade do órgão (IPAJM), por força da legislação vigente (artigo 9º, II, da Lei 10.887/2004), é feita por meio do recadastramento, que deve ser efetivado no mínimo de 05 em 05 anos.

Pois bem.

É fato que no Acórdão recorrido, entendeu por bem o órgão julgador manter a irregularidade em relação aos responsáveis, deixando de aplicar, todavia, a multa pecuniária cabível em conformidade com autorização legal e regimental, por entender que se trata de falha sanável.

Portanto, tenho que a controvérsia deduzida no caso em comento situa-se tão somente na caracterização ou não do erro grosseiro diante dos atos supostamente irregulares imputados aos responsáveis, vale dizer, na reavaliação do juízo de culpa oferecido, haja vista que o Acórdão recorrido não diverge do entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas no que tange à manutenção da irregularidade lá tratada.

Entretanto, antes mesmo de adentrar à análise dos pedidos feitos pelo *Parquet* de Contas em sua peça recursal, necessária se faz a fixação de algumas premissas e definições fundamentais a respeito do que viria ser o erro grosseiro e de suas particularidades no contexto da realização do juízo de culpa.

Comumente, no campo da responsabilidade civil, tem-se entendido o erro grosseiro como culpa grave, o que significa dizer que o erro grosseiro ocorre quando o agente pratica o ato com negligência grave, imprudência grave ou imperícia grave.

Mais especificamente na esfera do direito administrativo-sancionador, a culpa grave, para além das questões de natureza meramente indenizatória, próprias do direito civil, tem sido estudada e aplicada à luz do juízo de reprovabilidade da conduta, típica do estudo do direito penal.

Isso ocorre justamente pelo fato de que, assim como na seara penal, nas atividades de controle externo, a aferição da culpa sob o viés da reprovabilidade da conduta repercute diretamente na confirmação e na dosimetria das sanções cabíveis no campo da responsabilidade administrativo-financeira.

Nesse contexto, para a avaliação da gravidade da culpa, o critério empregado é o denominado “dever de cuidado objetivo”, segundo o qual age com culpa quem não observa o dever de cuidado objetivo inerente à norma legal aplicável à conduta praticada e, por exemplo, assume um risco que, se tivesse observado o cuidado objetivo, não assumiria².

Aliás, 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 ocorrer³”.

Sobre o tema, ainda, é de importante registro o entendimento firmado no Acórdão 2.391/2018-Plenário, do Tribunal de Contas da União, proferido pelo Ministro Benjamin Zymler, no qual restou consignado que a definição de erro leve e grave (já após o advento da lei 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do

² CAVALLARI, Odilon. O que é o erro grosseiro da LINDB?. Disponível em: <https://antcbrasil.org.br/comunicacao/artigos/847-artigo-o-que-e-o-erro-grosseiro-da-lindb-por-odilon-cavallari>.

³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Direito Brasileiro – LINDB), definindo o erro grave ou grosseiro (art. 28 da referida lei), conforme a nomenclatura legal adotada na aludida legislação, 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.”

Compulsando os autos, à luz das premissas acima citadas, verifico que apesar da manutenção da irregularidade no Acórdão TC-1312/2020-9, questão essa que se tornou incontroversa, haja vista não ter sido objeto de recurso pelos interessados, não é possível afirmar que os recorridos tenham agido dolosamente ou com diligência abaixo do normal, ou seja, com culpa grave no cometimento da irregularidade mantida no Acórdão combatido.

Na leitura da peça recursal, bem como das contrarrazões de recurso apresentadas, não se pode perder o contexto em que se inseria aqueles achados mantidos no acórdão recorrido, incluindo este que trata de “gestão ineficiente do equilíbrio financeiro e atuarial do regime próprio de previdência do estado do espírito santo, com dados cadastrais inconsistentes, incompatíveis e desatualizados”.

Em 2015, ano em que se processou a auditoria tratada nestes autos, deu-se início a auditoria coordenada pelo Tribunal de Contas da União, com a participação de 29 Tribunais de Contas, na qual um dos objetivos foi a verificação da qualidade e da fidedignidade das bases de dados dos RPPS de 22 estados, DF e 31 municípios, utilizadas para fins de avaliação atuarial. Foram auditados os RPPS de 23 Estados e 31 Municípios.

Conforme se extrai de um trecho do voto condutor do Acórdão 2973/2016, que sintetiza as conclusões daquela auditoria coordenada, foram detectadas falhas estruturais em toda a amostra. Dentre estas falhas estruturais estavam as limitações das bases cadastrais apresentadas quanto ao grau de completude (excesso ou falta de registros nas bases cadastrais), consistência (registros com valores válidos para um conjunto de variáveis) e atualidade das bases cadastrais. Senão vejamos:

GRUPO I – CLASSE V – Plenário

TC 008.368/2016-3.

[...]

VOTO

[...]

4. A presente auditoria, coordenada pelo TCU e com a participação efetiva de tribunais de contas de estados e municípios, **revelou fragilidades estruturais nos sistemas de previdência própria de 23 estados e 31 municípios**. Tais fragilidades comprometem a qualidade, a disponibilidade, a confiabilidade e a abrangência dos dados relacionados aos segurados dos RPPS dos 54 entes fiscalizados. [g.n.]

5. Não há dúvidas de que, **um dos principais desafios a ser enfrentado prontamente pelos entes gestores dos RPPS** que integraram a amostra da auditoria, e que também deve alcançar a maior parte dos RPPS dos entes federativos, **é dotar as bases de dados dos RPPS dos requisitos adequados que permitam espelhar, com a maior fidedignidade possível, a realidade dos segurados desses sistemas de previdência**. [g.n.]

6. O trabalho em relevo demonstrou a dificuldade da elaboração de avaliações atuariais, seja em razão de as informações disponíveis não serem confiáveis, completas e fidedignas, o que exige a realização de trabalhos prévios de preparação dessas bases pelos atuários, seja em face de utilização, nas projeções atuariais, de taxas de juros, mesmo que dentro dos limites legais estabelecidos, descasadas da realidade do mercado financeiro.

7. As avaliações atuarias realizadas, portanto, deixam de refletir, com a acurácia que seriam delas exigidas, a realidade dos crescentes déficits atuariais e financeiros que se abatem sobre os RPPS.

8. Observo que tal situação está a reclamar uma atuação mais efetiva da União, em conjunto com estados, DF e municípios, na busca por um conjunto de medidas que possa mitigar a tendência negativa desse cenário apresentado no presente trabalho. Vejo, como passo inicial, dotar as bases de dados utilizadas pelos RPPS da qualidade, confiabilidade, completude e fidedignidade desejada.

Destaco que o voto condutor do Acórdão 2973/2016 –Plenário TCU, da Lavra do E. Ministro Vital do Rêgo, observou que a situação reclamava uma atuação mais efetiva da União, em conjunto com estados, DF e municípios, na busca por um conjunto de medidas que possa mitigar a tendência negativa daquele cenário apresentado. Desta e de outras constatações do relator decorreram as determinações constantes no Acórdão TCU, ora referido:

[...]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. determinar à Casa Civil da Presidência da República e ao Ministério da Fazenda, com fulcro na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU que, conjuntamente, proponham um plano de ação que preveja estratégias para mitigar os riscos à sustentabilidade da previdência própria de estados, DF e municípios, considerando a possibilidade de adequar as normas que tratam do assunto e tendo em vista a interlocução com os Poderes Judiciário e Legislativo, considerando, entre outros aspectos detectados no âmbito dos RPPS, a falta de fidedignidade das bases cadastrais de pessoal, as dificuldades na gestão de investimentos e o uso de premissas atuariais sem o devido suporte técnico;

9.2. determinar à Casa Civil da Presidência da República e ao Ministério da Fazenda, com fulcro na Lei 8.443/1992, art. 43, inciso I, c/c art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU que, conjuntamente, encaminhem a esta Corte de Contas, no prazo de 120 dias o plano de ação mencionado no item anterior ou apresentem as justificativas para sua não elaboração;

9.3. determinar aos Ministérios do Planejamento e da Fazenda que informem a este Tribunal, no prazo de 30 dias, o atual estágio de implementação do sistema integrado de dados relativos às remunerações, proventos e pensões pagos aos servidores e militares, ativos, inativos e pensionistas da União, estados, Distrito Federal e municípios, nos termos do que determina o art. 3º da Lei 10.887/2004, indicando, caso o referido sistema ainda não esteja finalizado, as ações ainda pendentes e os prazos estabelecidos para seu término;

9.4. **encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamentam, aos tribunais de contas de estados, do Distrito Federal e de municípios e à Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon), para propor a criação de uma minuta de resolução da Atricon e que possa servir de parâmetro para que os tribunais de contas promovam a aprovação de normativos internos que permitam consolidar o sistema integrado de acompanhamento dos regimes próprios de previdência, considerando, entre outros: a) atualização e padronização de bases de dados cadastrais de servidores ativos, aposentados e pensionistas; b) convergência da interpretação dos critérios da Lei de Responsabilidade Fiscal; c) estratégias de fiscalização que possibilitem verificar a integridade e a fidedignidade das informações constantes dos Demonstrativos do Resultado da Avaliação Atuarial - DRAA nos processos de contas; d) verificação dos valores efetivamente provisionados pelos entes federativos em seus documentos contábeis, em relação ao que está registrado nas avaliações atuariais;**[g.n.]

9.5. encaminhar ao Congresso Nacional cópia do presente acórdão, bem como do relatório e do voto que o fundamentam, com a finalidade de auxiliar as discussões e deliberações das Comissões Permanentes da Casa a respeito da gestão do Regime Próprio de Previdência Social previsto no art. 40 da Constituição Federal;

9.6. dar ciência da presente deliberação à Casa Civil da Presidência da República, ao Ministério da Fazenda e ao Conselho Nacional de Justiça;

9.7. determinar à SecexPrevidência o monitoramento das determinações constantes dos subitens 9.2 e 9.3.

10. Ata nº 48/2016 – Plenário.

11. Data da Sessão: 23/11/2016 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2973-48/16-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo (Relator).

13.2. Ministro-Substituto convocado: André Luís de Carvalho.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti e Weder de Oliveira

Assim, embora não seja a conduta esperada dos gestores do RPPS a gestão deficiente da base de dados, incluindo a sua atualização por meio da realização de censo, em 2015 esta era a realidade verificada na maioria dos RPPS no Brasil: existiam falhas que necessitavam de ação corretiva, não apenas dos gestores dos

RPPS, mas também por parte de todas as instituições responsáveis pela normatização, bem como pelo controle. Como indica o Ministro Vital do Rêgo, em seu voto condutor do Acórdão 2973/2019- Plenário do TCU, eram necessárias medidas efetivas da União, em conjunto com estados, DF e municípios, na busca por um conjunto de medidas que possa mitigar a tendência negativa daquele cenário.

De tal maneira, a meu entender, naquele cenário a conduta imputada aos gestores do IPAJM aproximava-se da conduta dos demais gestores em nível nacional e, neste sentido, não se pode dissociá-la da conduta esperada do homem médio. Frise-se, naquele cenário.

Não pode este julgador desconsiderar o cenário nacional era compatível com aquele trazido aos autos pelos recorridos que afirmam que, à época o ES-Previdência estava em franca construção e aperfeiçoamento.

Considero também que, em 2015, ainda estávamos vivenciando o início das fiscalizações com o tema “previdência”, neste Tribunal de Contas, de modo que nem mesmo havia unidade especializada na matéria.

Neste sentido, como a peça recursal ao reproduzir trecho da Manifestação Técnica 00934/2018-8 menciona que “*o defendente não buscou atender as determinações vigentes à época*” busquei identificar em nossos registros quais seriam essas determinações e de quando datavam.

Localizei, a partir de menção do Relatório de Auditoria 00018/2015-1 (TC 2952/2015-1), à época da auditoria, a **existência de recomendação, dirigida ao Governador do Estado, para a melhoria da qualidade da base de dados cadastrais** por meio de recadastramentos periódicos dos servidores ativos, inativos e pensionistas (processo TC 3068/2014 que analisou a prestação de contas do governador de 2013). A referida notificação foi protocolada na PGE, no dia 13/08/2014 (fls. 102/172 - Volume Digitalizado 00008/2014-8 – Processo TC 3068/2014-1).

Assim, temo que o tempo hábil para implementação das ações era, no mínimo, questionável, se considerarmos a notificação e o momento em que se processou a auditoria, cujo Acórdão foi impugnado pelo Ministério Público de Contas.

Em pesquisa dos monitoramentos das deliberações⁴ feitas ao IPAJM nos processos autuados a partir de 2013, não me deparei com o tema. Porém, não posso desconsiderar que os recorridos trazem nos autos a informação de que haviam sido tomadas providencias no sentido de contratação de um Sistema Informatizado e Integrado de Gestão Previdenciária, o que indica ação positiva dos responsáveis pela gestão.

Diante destes fatos, considerando o cenário nacional dos RPPS, permeado de falhas estruturais, dentre as quais limitações das bases cadastrais quanto ao grau de completude (excesso ou falta de registros nas bases cadastrais), consistência (registros com valores válidos para um conjunto de variáveis) e atualidade das bases cadastrais e à vista da inexistência de determinação prévia, por parte desta Corte de Contas, dirigida aos gestores do IPAJM que exigisse a melhoria da base de dados cadastrais em todas as suas faces, estou convencido de que não merece prosperar a imputação de dolo ou erro grosseiro aos responsáveis, porquanto não é possível afirmar categoricamente a existência do elemento volitivo doloso no cometimento da irregularidade, nem tampouco a ocorrência de culpa grave, violadora do dever de cuidado objetivo exigido do agente público, capaz de sustentar a inexigibilidade de conduta diversa.

2.3.2 – DO PASSIVO ATUARIAL SUBESTIMADO – DISTORCENDO AS DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS E O RELATÓRIO RESUMIDO DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA DO GOVERNO DO ESTADO (Item 2.1.2 do Acórdão 1312/2020-9)

Compulsando os autos, verifico que, em relação a este item, o Ministério Público Especial de Contas (MPC), aponta a ocorrência de possível *error in iudicando* no Acórdão TC-1312/2020-9, por entender que a presente irregularidade constitui-se em grave infração à norma legal e que foi mantida em todos os seus termos no

⁴ <https://e-tcees.tcees.tc.br/PesquisarMonitoramentoDeliberacao/Pesquisar>

Acórdão TC 1312/2020-9, todavia considerou-se que ela, por si só, não tem potencial ofensivo de macular as contas.

Aduz, o Parquet que o Acórdão recorrido incorre em crasso erro de subsunção do fato à norma legal, não se podendo reputar a conduta como mera impropriedade formal.

Desta forma, mais uma vez, vê-se que a controvérsia deduzida situa-se tão somente na caracterização ou não do erro grosseiro diante dos atos supostamente irregulares imputados aos responsáveis, visto que a manutenção da irregularidade per si, não foi objeto de recurso.

Pois bem.

Considero que a presente irregularidade decorre diretamente das falhas na base de dados cadastrais apontados no item 2.3.1 deste voto, vez que a estimativa do valor do Passivo Atuarial é feita por meio da avaliação atuarial, que por sua vez depende da base cadastral, que conforme apontamento do Relatório de Auditoria, em 2015, encontrava-se inconsistente, incompleta e desatualizada.

Cabe então, com base nas mesmas premissas traçadas naquele item deste voto (2.3.1), avaliar se é possível afirmar que os recorridos tenham agido dolosamente ou com diligência abaixo do normal, ou seja, com culpa grave no cometimento da irregularidade.

Assim, como já expus no item 2.3.1 deste voto (imediatamente anterior a este), a deficiência na base de dados dos RPPS, em 2015, era a situação fática vivenciada na gestão previdenciária nacional, que merecia e exigia ação positiva dos órgãos reguladores e de controle, bem como dos gestores do RPPS.

Foi neste contexto que foram inaugurados processos de fiscalização pelos Tribunais de Contas, dentre eles o processo que ora nos debruçamos sobre ele e a auditoria coordenada pelo TCU.

Apesar dos normativos existentes à época, a auditoria realizada pelo TCU revelou sérias falhas na gestão das bases de dados de todos os RPPS auditados e, ao final, o Plenário do TCU (Acórdão 2973/2016) concluiu ser necessária uma atuação mais

efetiva da União, em conjunto com estados, DF e municípios, na busca por um conjunto de medidas que pudesse mitigar a tendência negativa daquele cenário.

Neste sentido o TCU expediu determinações dirigidas tanto Casa Civil da Presidência da República quanto ao Ministério da Fazenda, bem como determinou o encaminhamento do relatório de auditoria, inclusive, aos Tribunais de Contas para propor a criação de uma minuta de resolução da Atricon e que pudesse servir de parâmetro para que os tribunais de contas promovessem aprovação de normativos internos que permitissem consolidar o sistema integrado de acompanhamento dos regimes próprios de previdência, considerando, entre outros: a) atualização e padronização de bases de dados cadastrais de servidores ativos, aposentados e pensionistas; b) convergência da interpretação dos critérios da Lei de Responsabilidade Fiscal; c) estratégias de fiscalização que possibilitem verificar a integridade e a fidedignidade das informações constantes dos Demonstrativos do Resultado da Avaliação Atuarial - DRAA nos processos de contas; d) verificação dos valores efetivamente provisionados pelos entes federativos em seus documentos contábeis, em relação ao que está registrado nas avaliações atuariais.

Assim, considerando que a estimativa do valor do Passivo Atuarial está diretamente relacionada à avaliação atuarial, que por sua vez depende da bases cadastral que, em 2015, conforme constatado pela auditoria, amargava problemas estruturais, e considerando o cenário nacional, contexto local, inexistência de determinação prévia, por parte desta Corte de Contas, dirigida aos gestores do IPAJM que exigisse a melhoria da base de dados cadastrais; a adoção de medida positiva para melhoria na gestão com a contratação do sistema informatizado e integrado de gestão previdenciária, pelas mesmas razões expostas no item anterior (2.3.1)⁵, tenho convencimento de que, também em relação a este item de irregularidade, não merece prosperar a imputação de erro grosseiro aos responsáveis, porquanto não é possível afirmar categoricamente a existência do elemento volitivo doloso no cometimento da irregularidade, nem tampouco a ocorrência de culpa grave, violadora do dever de cuidado objetivo exigido do agente público, capaz de sustentar a inexigibilidade de conduta diversa.

⁵ O cenário nacional, contexto local, inexistência de determinação prévia, por parte desta Corte de Contas, dirigida aos gestores do IPAJM que exigisse a melhoria da base de dados cadastrais; adoção de medida positiva para melhoria na gestão com a contratação do sistema informatizado e integrado de gestão previdenciária.

2.3.3 – DA LIQUIDAÇÃO IRREGULAR DE DESPESAS COM A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA ATUARIAL (Item 2.1.3 do Acórdão 1312/2020-9)

Compulsando os autos, a manutenção desta irregularidade no Acórdão TC 1312/2020-9 é questão incontroversa, haja vista não ter sido objeto de recurso pelos interessados, pausando o debate, nestes autos recursais, sobre a responsabilização dos agentes citados.

Em suma, diverge o Ministério Público do afastamento da responsabilidade do fiscal e da relativização da irregularidade em relação aos demais gestores, por entender tratar-se de irregularidade grave.

O ilícito apontado nos autos é a liquidação irregular de despesas com a prestação de serviços atuariais resultando, segundo afirma o relatório de auditoria, na constatação de que “ *a empresa contratada não realizou os serviços e/ou não retificou as projeções atuariais referentes aos demonstrativos previdenciários (DRAA 2011 e 2012), ocorrendo então, prejuízo ao entendimento das informações previdenciárias do RPPS Estadual, disponibilizadas no sítio do Ministério da Previdência Social*”.

Em síntese bem apertada, entende o corpo técnico que tais falhas decorreram da ausência de um técnico com conhecimento em atuária, capaz de validação técnica da prestação de serviço.

Entendem que, os servidores envolvidos na gestão do contrato, tiveram atuação restrita apenas aos pagamentos e alterações contratuais (aditamentos e apostilamentos), sem envolvimento sequer na validação e consistência qualitativa das informações da base de dados de segurados que subsidiariam a elaboração dos estudos atuariais contratados com a empresa Exacttus atuarial, o que possibilitou a ocorrência de falhas na liquidação da despesa.

Assim, o RAO 18/2015, ao descrever a conduta dos gestores do IPAJM, Srs. Osvaldo Hulle e José Elias do Nascimento) assim dispôs:

Conduta/Nexo - autorizar a execução dos serviços contratados com a empresa de consultoria/assessoria atuarial sem o devido acompanhamento e

fiscalização por profissional habilitado (atuário) para validar e a entrega do serviço contratado com a empresa Exactus, o que atestaria, de fato, a liquidação da despesa⁶.

Por sua vez, o Acórdão recorrido (TC 1312/2020-9), o avaliar a responsabilidade dos gestores, reconheceu a existência de designação forma de fiscal para o contrato, ainda que sem o conhecimento suficiente e necessário para a função e entendeu pela atenuação da mesma, nos seguintes termos:

[...] observo que o serviço foi prestado, conforme se denota da leitura do Relatório de Auditoria Ordinária00006/2015-7, concluindo-se que o indicativo de irregularidade, na realidade, trata de falhas na qualidade do serviço prestado, sem o devido acompanhamento pelo Órgão responsável, não podendo se presumir ausência de prestação de serviço.

Em relação a conduta do fiscal designado (Sr. Dalton Luiz de Souza), o RAO 18/2015 assim dispôs:

Conduta/Nexo - não atestar, na condição de servidor responsável pela fiscalização e o acompanhamento da execução do contrato, mesmo que em atuação limitada, a consistência do estudo atuarial, impossibilitando a comprovação da qualidade da contraprestação dos serviços.

Sobre a responsabilização do Sr. Dalton Luiz de Souza, o Acórdão recorrido (TC 1312/2020-9) entendeu pelo afastamento, nos seguintes termos:

Compulsando os autos ratifico o entendimento técnico de que é **um dever da Administração do IPAJM fiscalizar o fiel cumprimento da execução contratual e para isso, constato que designou formalmente um responsável pela fiscalização do referido contrato, entretanto, concluo que o servidor designado não possuía o conhecimento suficiente e necessário a fim de realizar tal função uma vez que exigia conhecimentos específicos em ciências atuariais, especialidade esta que nenhum funcionário do Instituto possuía.**

Diante disso, verifico que o fiscal designado, Sr. Dalton Luiz de Souza, ateu-se apenas a atestar a liquidação da despesa, quando da entrega de relatórios, a fim de que a empresa recebesse pelos servidos prestados, **logo afasto sua responsabilidade.** (grifo original)

O Ministério Público de Contas, irresignado com a decisão, divergiu do afastamento da responsabilidade do fiscal designado, Sr. Dalton Luiz de Souza, pois considerou que embora conste nos autos que o fiscal designado não detinha conhecimentos técnicos atuariais suficientes para efetuar análise da especialidade

⁶ Descrição do **conduta/nexo** – RAO 18/2015 (TC 2952/2015)

da prestação do serviço, ao assumir o encargo recebeu o ônus de desempenhar corretamente o seu mister.

Entende estar demonstrada a ocorrência de negligência e imperícia por parte do responsável, em razão da constatação registrada no Relatório de Auditoria de que fora verificado erros nas avaliações atuárias de 2011 e 2012, *“já que mantidas as mesmas informações por três anos consecutivos”*.

Quanto a responsabilidade dos gestores do IPAJM, assevera o recorrente que autorizaram a execução do serviço pela empresa, mesmo cientes de que o contrato não era acompanhado nem fiscalizado por profissional habilitado.

Por fim, cita jurisprudência do TCU para fundamentar a afirmação no sentido de que *“a irregularidade advinda da fragilidade na fiscalização de contratos e na liquidação irregular caracteriza grave infração à norma legal passível de multa”* e defende, que a irregularidade configura erro grosseiro de modo a justificar o poder sancionatório deste Tribunal de contas em face dos gestores responsáveis.

Pois bem.

Como já mencionado, o Acórdão recorrido deliberou pela manutenção da irregularidade *“liquidação irregular de despesas com a prestação de consultoria atuarial”*, em outras palavras, naquela decisão, foi reconhecido pelo Plenário desta Corte de Contas que a liquidação de despesa com serviços compreende a validação técnica da prestação de serviço, *in casu*, do serviço de avaliação atuarial.

Por outro lado referido Acórdão TC 1312/2020-9, mesmo reconhecendo a irregularidade, decidiu afastar a responsabilidade do fiscal e atenuar a responsabilidade dos gestores do Instituto de Previdência (IPAJM) decisões essas impugnadas no presente recurso pelo Ministério Público de Contas, que entende que a responsabilidade no âmbito dos tribunais de contas é subjetiva, *“sendo suficiente para a imputação do agente a demonstração da sua conduta, culpa em sentido amplo (culpa em sentido estrito ou dolo), infração à norma legal e nexo de causalidade entre a conduta e a violação praticada, o que foi evidenciado nos autos do processo TC-02952/2015-1”*.

Não há dúvidas de que a responsabilização no âmbito dos Tribunais de Contas é subjetiva, como afirma a peça recursal.

Todavia, com relação aos elementos necessários à responsabilização no âmbito deste Tribunal de Contas, é razoável lembrar que o Manual de Auditoria de Conformidade, aprovado pela Resolução TC 287/20157, orientou a elaboração da matriz de responsabilidade indicando também a necessidade de análise acerca do grau de reprovabilidade da conduta de responsável, conforme se reproduz a seguir:

11.7 CULPABILIDADE

A análise da culpabilidade não investiga a existência de culpa ou dolo (que são analisados na conduta e, em sua relação com o resultado, no nexo de causalidade), **mas pretende avaliar a reprovabilidade da conduta do responsável**. Dessa forma, é importante destacar, se for o caso, a existência de situações atenuantes ou agravantes, como medidas corretivas ou reparatórias adotadas pelo responsável, existência de afirmações ou documentos falsos. [g.n]

Portanto, o campo “Culpabilidade” deve trazer respostas a todos os seguintes questionamentos:

- a. Houve boa-fé do responsável?
- b. O responsável praticou o ato após prévia consulta a órgãos técnicos ou, de algum modo, respaldado em parecer técnico?
- c. É razoável afirmar que era possível ao responsável ter consciência da ilicitude do ato que praticara?
- d. Era razoável exigir do responsável conduta diversa daquela que ele adotou, consideradas as circunstâncias que o cercavam? Caso afirmativo, qual seria essa conduta?

Quando for o caso, embora tenham naturezas diferentes, o campo “Culpabilidade” deve ser aproveitado para que sejam apresentadas considerações acerca da punibilidade do responsável. A prescrição da punibilidade ou a morte, por exemplo, impedem a aplicação de multa.

Para efeitos de análise da culpabilidade, considera-se “boa-fé” a convicção, ainda que equivocada, de que se está agindo conforme o direito. As cortes de contas, predominantemente, adotam o conceito de boa-fé subjetiva. Portanto, para saber **se o gestor agiu de boa-fé, deve-se adotar o parâmetro do homem-médio, ou, neste caso, do gestor-médio, ou seja, do gestor diligente, de normal conduta cuidadosa**.

Feito isso, **deve-se proceder a uma comparação entre o gestor do caso concreto e o imaginário gestor-médio**. Para tanto, deve-se colocar o gestor-médio no lugar do gestor do caso concreto e se fazer a seguinte pergunta: **é razoável admitir que o gestor-médio teria cometido o mesmo erro que o gestor do caso concreto cometeu? Se a resposta for sim, então o gestor do caso concreto agiu de boa-fé.**

Caso a resposta seja negativa, então não se pode afirmar que o gestor do caso concreto tenha agido de boa-fé, pois o erro que cometeu, isto é, a convicção equivocada que teve de que estaria agindo conforme o direito reflete um erro que não se pode aceitar de um gestor, pois o gestor-médio não o teria cometido. Portanto, **para se responder a essa pergunta, na matriz de responsabilização, é preciso ressaltar a conduta que o gestor médio teria adotado, se estivesse na mesma situação do gestor do caso concreto**. [Grifos nossos]

⁷ Dado o ano de aprovação da Resolução as normas e orientações ali dispostas são aplicáveis ao presente processo.

Tal análise encontra amparo também nos ditames da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, em seu artigo 22:

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

Neste sentido, para avaliar a culpabilidade dos Srs. Osvaldo Hulle e Jose Elias do Nascimento Marçal, nestes autos arrolados como gestores do IPAJM, é necessário considerar que houve indicação formal de fiscal.

Ademais, embora na etapa de liquidação da despesa seja requerida a verificação detalhada da entrega do bem ou serviço, não há na legislação vigente a obrigação cogente de contratação de atuário para fiscalização dos contratos de consultoria atuarial. Muito embora, dada a alta especialização do tipo serviço seja necessário a fiscalização por alguém que tenha domínio, no mínimo, da leitura dos dados e dos relatórios produzidos, o que torna desejável a existência de um profissional do ramo da atuária.

Também, não se pode afastar do fato de que a criação de um cargo e o provimento do mesmo, no âmbito do IPAJM, dependia e depende de ação do poder Executivo, como alega a defesa.

Além disso, conforme abordado no Acórdão Recorrido, o relatório de auditoria traz evidências de que o serviço de avaliação atuarial estava sendo prestado e, acresça-se, o agravante citado nos autos (repetição de base cadastral de 2010 nas avaliações atuariais de 2011 e 2012), quando da realização da auditoria narrada nestes autos já havia sido objeto de correção. Tanto que não há narrativa da sua ocorrência nas avaliações de 2013 e 2014.

Avaliando as circunstâncias, à época dos fatos e conforme narrativa da auditoria coordenada pelo TCU em 2015 (que este Tribunal também participou) com o tema previdência, na maioria dos institutos de previdência brasileiros havia problemas de interlocução entre a unidade gestora do RPPS e o atuário gestão, pondo em risco a

integridade das informações relativas enviadas (dados) e geradas (relatório de avaliação):

As evidências já apresentadas são corroboradas pela percepção das equipes de auditoria sobre o papel das unidades gestoras, segundo questionário de consolidação (peça 9, pg. 19). Quando instadas a manifestarem o seu posicionamento frente à seguinte afirmação: **“quanto ao tipo de interlocução entre a Unidade Gestora do RPPS e o atuário, as evidências são no sentido de que a UG do RPPS é mera repassadora de informações relativas à base cadastral”, equipes responsáveis por 50 RPPS responderam à questão. A contagem de respostas é por RPPS. Em 20 casos (40%) as equipes concordam totalmente com a afirmação e em 14 concordam parcialmente (28%).** [g.n.]

Portanto, considero que embora esteja claro que a liquidação da despesa com consultoria atuarial, narrada nos autos, careceu de fiscalização técnica, entender que os gestores, Srs. Osvaldo Hulle e José Elias do Nascimento Marçal, agiram com grave erro ao autorizar a realização das consultorias até que o instituto dispusesse de atuário, seria ignorar os pressupostos da responsabilização.

Ante o exposto, entendo que a situação fática acima exposta, mitigam a responsabilidade dos Sr. Osvaldo Hulle e José Elias do Nascimento Marçal, e mantenho a decisão contida no Acórdão 1312/2020-9.

No que tange a responsabilização do Sr. Dalton Luiz de Souza, de fato, considerando tão somente que em 2011 e 2012, os relatórios de avaliação atuarial repetiram as bases cadastrais de 2010 e considerando que, por força da designação como fiscal do contrato, caberia a ele avaliar a qualidade dos serviços a serem pagos, é fácil concluir que deixou de cumprir com zelo sua designação.

Todavia, também neste caso, é necessário avaliar o contexto: em primeiro lugar, é necessário considerar o estágio em que se encontrava a gestão previdenciária em nível nacional, já debilhado por este Relator neste voto, ancorado no Acórdão TCU 2973/2016 que constata a necessidade de medidas visando o aprimoramento da gestão dos RPPS, medidas estas a serem tomadas pelo conjunto das instituições reguladoras, de controle e pelos próprios RPPS. Ou seja, as medidas a serem adotadas eram profundas e precisavam de cooperação coordenada da União, Estados, Municípios e Unidades Gestoras dos RPPS.

Também não posso me desviar de que por força da designação do Sr. Dalton Luiz de Souza como gerente de finanças, o mesmo detinha outras diversas atribuições delineadas na Portaria IPAJM 82-R, art. 24, que certamente impactavam na sua disponibilidade para acompanhar o contrato de consultoria atuarial. Ademais, como constata a equipe de auditoria deste TCEES (RAO 18/2015) e como destaca a defesa do responsável (Processo TC 2952/2015) o IPAJM não contava com atuário em sua estrutura para se desincumbir da avaliação técnica dos laudos apresentados pela contratada.

Em se tratando de serviço altamente especializado, não é razoável exigir do Sr. Dalton Luiz de Souza, a validação técnica de tais trabalhos.

Por outro lado, como é afirmado na instrução destes autos, o servidor poderia ter manifestado sua incapacitação técnica para tal desiderato. Porém, julgo necessário considerar que, à época, a necessidade de acompanhamento permanente da base cadastral e dos relatórios de avaliação atuarial, na maioria das Unidades Gestoras no Brasil, não ocupava lugar de destaque nas gestões dos RPPS, à vista dos diagnósticos feitos pelo TCU⁸, o que não era diferente no Estado do Espírito Santo.

Neste ponto, julgo necessário destacar que não estou considerando regular a ausência de pessoal capacitado para atuar na liquidação da despesa pública, ou seja no recebimento e validação dos bens ou serviços entregues à administração pública pelos seus contratados. Antes, aplicando os pressupostos da responsabilização ao considerar o contexto fático e como o gestor médio agia à época dos fatos, como fez o Acórdão 1312/2020-9, ora recorrido.

Isto posto, **voto pela manutenção do acórdão recorrido** também em relação ao Sr. Dalton Luiz de Souza, para afastar sua responsabilidade pelos atos a ele inquinados.

2.3.4 – DA CONTRATAÇÃO E REALIZAÇÃO DE DESPESAS COM A LOCAÇÃO DE IMÓVEL POR VALOR SUPERIOR AO AVALIADO (Item 2.1.4 do Acórdão 1312/2020-9)

⁸ Auditoria coordenada pelo TCU com a participação deste TCE.

Compulsando os autos, verifico que o Ministério Público de Contas se contrapõe ao afastamento da suposta irregularidade, tratada no item “da contratação e realização de despesas com a locação de imóvel por valor superior ao avaliado ” (item 2.1.4 do Acórdão 1312/2020-9), por entender restar violada a Lei nº 8.666/1993 que em seu artigo 24, inciso XI exige que “o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia” bem com o princípio da economicidade previsto no art. 70, *caput*, da Constituição Federal.

Aduz que,

[...] no caso concreto, resta evidente e suficientemente provado que o gestor foi desidioso ao efetivar locação de imóvel com preço superior ao de mercado, o que causou dano ao erário, no montante de R\$ 120.711,32, equivalente a 47.152,42 VRTE

Pois bem.

Segundo a narrativa dos autos, o ponto nodal do presente item é o fato de que o contrato de locação do imóvel situado na avenida Cesar Hilar, para abrigar sede do IPAJM, fora firmado em março de 2014 pelo valor mensal de R\$ 140.000,00, tomando como base avaliação realizada pela Comissão de Avaliação Imobiliária da SEGER em outubro de 2012, cujo valor foi de R\$ 130.100,00.

Em suas defesas no processo original (2950/2015), os gestores alegam que o valor do aluguel no montante de 140.000,00/mês está condizente com a avaliação do imóvel realizada pela SEGER em outubro de 2012, no valor R\$ 130.077,36/mês, vez que esse valor atualizado pelo IPCA para o ano de 2014(época da locação do imóvel)corresponderia a R\$ 138.816,70/mês, ou seja, um valor bem próximo daquele efetivamente praticado (R\$ 140.000,00/mês).

A análise técnica refuta os argumentos por considerar que, o valor da avaliação realizada pela SEGER compreendia o funcionamento da sede administrativa e da perícia médica, ao passo que a contratação realizada em 2014, no valor de 140.000,00/mês, contava apenas com o funcionamento da sede administrativa, segundo constatou a equipe técnica, fator que considera determinante para as distorções no preço (Manifestação Técnica 1910/2020-6 Processo TC 2952/2015 apenso a estes).

O Acórdão recorrido afastou a presente irregularidade com base na seguinte fundamentação:

[...]

Da análise detida dos autos concluo que assiste razão a defesa quando aduz sobre a dificuldade que teve em encontrar imóvel de grande porte, com número significativo de vagas de estacionamento, no âmbito da Grande Vitória, visto que o mercado imobiliário capixaba é muito restrito. Além disso, corroboro os argumentos apresentados da necessidade de mudança da sede antiga para uma nova, devido a precariedade das condições de trabalho, bem como as dificuldades de receber os segurados, bem como da necessidade de abrigar no mesmo local a perícia médica do Instituto.

Assim, verifico que a Comissão de Avaliação Imobiliária da SEGER realizou análise do imóvel em outubro de 2012, ocasião em que os técnicos avaliaram o aluguel do imóvel no valor de R\$ 130.077,36 mensais, todavia a contratação do imóvel somente foi realizada em março de 2014, ou seja, 17 meses após a avaliação realizada, pelo valor de R\$ 140.000,00.

É sabido que os valores dos aluguéis de imóveis são reajustados anualmente pelo índice IGP-M, logo é razoável que, considerando que a contratação se deu após quase 1 ano e meio após a avaliação, que o valor do aluguel fosse atualizado por um índice oficial de atualização monetária. Vale destacar ainda que o gestor não deu causa ao retardamento da contratação.

Ou seja, embora o gestor não tenha optado por realizar uma nova avaliação do imóvel quando da data de contratação, o mesmo utilizou a avaliação realizada pelos técnicos da SEGER e aplicou o índice oficial de reajuste previsto a fim de se chegar ao valor a ser contratado, logo entendo que houve boa-fé do responsável em sua conduta.

Por todo o exposto, divirjo do entendimento técnico e ministerial e afasto o presente indicativo de irregularidade, logo deixo de converter os presentes autos em Tomada de Contas Especial, conforme sugerido pela área técnica no item 3.2.1 da conclusão da ITC 4651/2018-1.

Pois bem.

De início considero que conforme debatido nos autos do processo 2952/2015, mais precisamente na ITC 4651/2018-1, em março de 2013, quando da locação do imóvel para abrigar a nova sede do IPAJM, havia a intenção de que a perícia médica fosse transferida para o imóvel. A decisão de adiar a transferência só ocorreu em outubro de 2014, após manifestação do IOPES quanto ao custo da mesma, conforme trecho extraído da ITC 4651/2018-1, transcrito a seguir:

[...]

Em 30/09/2014, foi realizada reunião ordinária do conselho administrativo do IPAJM, na qual, segundo a Ata nº 51 (fls. 672/674 – vol. IV), foi discutida a questão da mudança para o prédio alugado. Na ocasião, os conselheiros foram informados que a mudança ainda não havia ocorrido pois estavam à

espera da resposta do IOPES quanto às adaptações no prédio para que pudesse comportar o setor de perícia. [...]

[...]

Diante desse ofício do IOPES, o presidente do IPAJM, de acordo com suas justificativas, desistiu de transferir o setor de perícia médica para aquele prédio. Isso porque o valor necessário para realizar tais alterações era muito elevado, assim como o tempo. Desse modo, as adaptações no prédio não compensariam, haja vista se tratar de mudança temporária. Segundo o responsável, essa situação foi apresentada aos servidores do IPAJM (do que não há registro documental) e ao conselho administrativo em reunião extraordinária. Na ata da reunião nº 52 (fl. 676/678 – vol. IV), ocorrida em 23/10/2014, consta a explanação sobre a desistência de se proceder às adaptações em razão do custo e da necessidade de que o locador “assumisse algumas obrigações” (não discriminadas) para que a ocupação ocorresse o mais brevemente possível.

Desta forma, vê-se que no momento da celebração do contrato de locação era decisão do IPAJM (decisão alterada com fundamentos sete meses depois) que o setor de perícia fosse abrigado pela nova sede. Assim, diferente da conclusão contida na instrução do processo de piso, no momento em que foi firmado o contrato, a necessidade de locação contemplava a perícia médica.

Desta forma, dirijo do argumento técnico de que “ a nova contratação de aluguel contemplando apenas a sede administrativa do IPAJM, sem considerar a sede da perícia médica, foi o fator determinante que causou as distorções no preço, apontadas inicialmente pela equipe de auditoria e mantidas até a ITC 4651/2018 (Manifestação técnica 1910/2020-9 TC 2952/2015-1).

Então, se a avaliação realizada pela SEGER/CAI contemplava a transferência da perícia médica para o novo imóvel e se tal demanda ainda se mantinha quando da contratação, diante da necessidade urgente de mudança da sede, debatida nos autos, era razoável a utilização daquela avaliação como referencial de preço.

Assim, observo que não há nos autos nenhum outro preço que pudesse servir de referência para avaliar a existência ou não de sobrepreço.

Neste sentido relembro que este Tribunal de Contas já se manifestou no sentido de que “A imputação de ressarcimento ao erário pressupõe a demonstração de dano efetivo, não podendo este ser presumido sob pena de enriquecimento sem causa da Administração Pública”⁹.

⁹ Acórdão TC nº 126/2018- Plenário, Acórdão TC nº 1370/2017-Plenário, Acórdão TC nº 788/2016-

Ante todo o exposto, **voto pela manutenção do Acórdão 1312/2020-9**, ora recorrido.

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

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-146/2022:

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

1.1. NÃO ACOLHER preliminar de violação ao princípio da dialeticidade;

1.2. CONHECER e, no mérito, **NÃO DAR PROVIMENTO** ao Pedido de Reexame, com a consequente manutenção do Acórdão TC-1312/2020-9-Plenário;

1.2. DAR CIÊNCIA os interessados acerca desta decisão, nos termos regimentais;

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

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 17/02/2022 – 6ª 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.

Plenário, Acórdão TC nº 537/2016-Plenário e Acórdão TC nº 1177/2014-Plenário

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