

Voto Vista 00111/2017-7

Processos: 01356/2006-1, 00534/2006-9, 02236/2005-5, 02832/2006-1, 03894/2005-6

Classificação: Prestação de Contas Anual de Ordenador

Descrição complementar: Acompanhar relator, acrescentando determinação de anulação com efeitos ex tunc

Exercício: 2005

Criação: 04/10/2017 15:43

Origem: GAC - Rodrigo Chamoun - Gabinete do Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

Processo	TC 1356/2006
Jurisdicionado	Procuradoria Geral de Justiça
Assunto	Prestação de Contas Anual
Exercício	2005
Apensos	TC 2236/2005-5 (Relatório de Gestão Fiscal) TC 3894/2005-6 (Relatório de Gestão Fiscal) TC 534/2006-9 (Relatório de Gestão Fiscal) TC 2823/2006-1 (Controle Externo – Fiscalização – Auditoria)
Responsáveis	José Paulo Calmon Nogueira da Gama (Procurador Geral de Justiça) Heloísa Malta Carpi (Subprocuradora Geral de Justiça - Administrativo)

**PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL – PROCURADORIA
GERAL DE JUSTIÇA – EXERCÍCIO DE 2005 – PRESCRIÇÃO
DA PRETENSÃO PUNITIVA – NEGAR APLICABILIDADE
AOS ARTIGOS 62 E 64 DA LEI ESTADUAL 7.233/2002 –
PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE REJEITADA –**

PAGAMENTO DE VALORES INDEVIDOS AOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL A TÍTULO DE RESTITUIÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE A DIFERENÇA DE URV (11,98%) TERÇO DE FÉRIAS E DÉCIMO TERCEIRO – NATUREZA INDENIZATÓRIA NÃO RECONHECIDA – VIOLAÇÃO DIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL – OFENSA AO ARTIGO 127, §6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – SITUAÇÃO FLAGRANTEMENTE INCONSTITUCIONAL QUE NÃO PODE SER SUPERADA PELA SIMPLES INCIDÊNCIA DO PRAZO DECADENCIAL DA LEI Nº 9.784/99 – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – JULGAMENTO PELA IRREGULARIDADE DAS CONTAS – DETERMINAÇÃO DE ANULAÇÃO DO ATO COM EFEITOS *EX TUNC* – DEVOLUÇÃO DOS VALORES PELOS MEMBROS DO MPES – MONITORAMENTO.

O EXMO. CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN:

I RELATÓRIO

Tendo o feito integrado as pautas da 31ª e 32ª Sessões Ordinárias do Plenário, tive a oportunidade de presenciar tanto a sustentação oral realizada em favor dos responsáveis como a prolação do voto pelo Eminentíssimo Relator.

Em vista da alta materialidade dos fatos aqui narrados e da controvérsia suscitada pela defesa em torno da responsabilidade pelos pagamentos em apreço, optei por pedir vista dos autos e me aprofundar no estudo da questão.

II FUNDAMENTAÇÃO

No mérito, sobre a negativa de incidência do imposto de renda sobre diferenças pagas retroativamente e terço de férias e décimo terceiro, cuja jurisprudência firmou-se pacificamente no sentido de que são parcelas revestidas de nítido caráter remuneratório, antecipo que acompanho o entendimento proferido pelo Relator pelos fundamentos adotados nos itens III.1 e III.2 de seu voto.

Quanto às demais irregularidades, igualmente sigo o voto proferido pelo Relator pelas próprias razões nele abordadas.

Entretanto, inauguro a divergência com a seguinte questão: a reposição ao erário das importâncias indevidamente recebidas pelos promotores e procuradores de justiça (ativos e inativos), a título de restituição de imposto de renda sobre a diferença de URV (11,98%), de terço de férias e de décimo terceiro deve restringir-se aos gestores responsáveis ou deveria se estender a todos os que obtiveram o proveito econômico da devolução irregular em discussão?

Posta a questão, passo ao enfrentamento do tema.

II.1 Da ausência de todas as condições previstas para a dispensa de reposição ao erário de valores indevidamente recebidos

A dispensa da reposição ao erário somente poderá ocorrer quando verificadas cumulativamente as seguintes condições: (i) presença de boa-fé do servidor; (ii) ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada; (iii) existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada; e (iv) interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração.

Tais diretrizes foram extraídas da jurisprudência consolidada no âmbito dos Tribunais Superiores, em especial retratada no julgamento do Mandado de

Segurança 25.641/DF pelo Supremo Tribunal Federal, e foram reproduzidas no Parecer em Consulta TC 7/2016 desta Corte de Contas, cuja ementa transcrevo:

PARECER/CONSULTA TC-007/2016 – PLENÁRIO

PROCESSO - TC-11024/2014

JURISDICIONADO - DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DO ESPÍRITO SANTO

ASSUNTO – CONSULTA

CONSULENTE - CARLOS AUGUSTO LOPES

EMENTA

SOMENTE SE ADMITE A DISPENSA DE REPOSIÇÃO AO ERÁRIO DE PAGAMENTOS INDEVIDOS FEITOS A SERVIDOR PÚBLICO SE PRESENTES, CONCOMITANTEMENTE, OS REQUISITOS RECONHECIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO MANDADO DE SEGURANÇA 25.641/DF – NOS CASOS DE PAGAMENTOS INDEVIDOS DECORRENTES DE ERRO DE CÁLCULO OU DE ERRO OPERACIONAL DA ADMINISTRAÇÃO, AINDA QUE PERCEBIDOS DE BOA-FÉ, NÃO ESTÃO SUJEITOS AO PRAZO DECADENCIAL PREVISTO NO ART. 54 DA LEI 9.784/99, PODENDO SER REVISTO A QUALQUER TEMPO E ENSEJAM O DEVER DE REPOSIÇÃO PELO SERVIDOR, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO, RESPEITADO O PRAZO DE PRESCRIÇÃO QUINQUENAL PARA FINS DE RESTITUIÇÃO DOS PAGAMENTOS INDEVIDOS EFETUADOS PELA ADMINISTRAÇÃO, NOS TERMOS ART. 1º DO DECRETO 20.910/32, APLICÁVEL EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – QUANDO A REPARAÇÃO DO DANO DECORRENTE DE PAGAMENTOS INDEVIDOS NÃO PUDER SER IMPUTADA AO SERVIDOR, SEJA PELA CONJUGAÇÃO DOS REQUISITOS PARA DISPENSÁ-LA OU PELO DECURSO DO PRAZO DECADENCIAL PARA A ANULAÇÃO DO ATO, SERÁ NECESSÁRIO, A QUALQUER TEMPO, AFERIR A RESPONSABILIDADE DAQUELE QUE CONCEDEU OU CALCULOU ILEGALMENTE AS PARCELAS, SOBRE QUEM DEVE RECAIR O DEVER DE REPOSIÇÃO REFERENTE AO PERÍODO EM QUE A ANULAÇÃO DO ATO PODERIA TER OCORRIDO.

Conforme descrito acima, são quatro características cumulativas para a dispensa da reposição do erário. Todavia, em vista dos fatos retratados nestes autos, não se confirma a **existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada, sendo, por isso, equivocada a interpretação dada pela Administração.**

Na época dos fatos, não pairava qualquer dúvida sobre a natureza remuneratória tanto das diferenças de URV (11,98%), como das outras vantagens em apreço (décimo terceiro e terço de férias). A esse respeito, vale fazer remissão ao entendimento então propagado pelo Tribunal de Contas da União e pelo Superior Tribunal de Justiça que, desde antes dos fatos tratados nestes autos, já se

debruçavam sobre a ilegalidade da não incidência de tributação sobre as diferenças de URV (11,98%), cuja natureza, incontroversa, sempre foi remuneratória:

RMS 15635/DF – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança - STJ (DJ 29.03.2004 p. 279)

Ementa:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REAJUSTE. 11,98%. INCIDÊNCIA DO TETO DE REMUNERAÇÃO SOBRE AS PARCELAS. CABIMENTO. **VANTAGEM DE CARÁTER REMUNERATÓRIO GENÉRICO, NÃO INDIVIDUAL.** - O valor resultante do reajuste de 11,98% deferido aos servidores públicos do Poder Judiciário e MPU inclui-se no cômputo do teto de remuneração, por ser **verba remuneratória de caráter genérico** e não vantagem pessoal. - O fato de ter o direito sido reconhecido em sentença judicial não confere ao reajuste o caráter de vantagem pessoal, não alterando sua natureza. - Recurso ordinário a que se nega provimento. (grifei)

Acórdão 332/2005 – TCU - Plenário (Dou 07/04/2005 - Página 0)

Ementa:

Representação formulada pelo Ministério Público junto ao TCU. Possíveis irregularidades praticadas no âmbito do TRE/SP. Restituição a magistrados do imposto de renda retido na fonte e da contribuição previdenciária que incidiram sobre valores pagos em virtude de diferencial de remuneração relativo à implantação do Plano Real (URV). Audiência. Diligência. Verificação da inexistência de qualquer irregularidade em relação à restituição do imposto de renda dos magistrados e sim dos servidores. **Pagamento da URV como complementação de caráter remuneratório e não indenizatório.** Conhecimento. Procedência parcial. Prazo para regularização fiscal de todas as verbas pagas a título de URV, com o recolhimento dos valores devidos de imposto de renda e de contribuição previdenciária pagas indevidamente aos servidores. Determinação. (grifei)

Acórdão 2253/2007 – TCU - Plenário (Dou 29/10/2007 - Página 0)

Sumário

REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES REFERENTES A PAGAMENTOS INDEVIDOS A JUÍZES CLASSISTAS DO PERCENTUAL DE 11,98% (URV). DISSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF EM DECISÃO COM EFEITOS ERGA OMNES. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÕES.

A diferença relativa ao percentual de 11,98% (URV) sobre os vencimentos dos magistrados e servidores do Poder Judiciário é devida a estes últimos de abril de 1994 a dezembro de 1996 e, aos primeiros, de abril de 1994 a janeiro de 1995, conforme assentado pelo STF na ADI n. 1.797/PE.

6. Em relação à natureza jurídica da referida parcela, o STJ, em sede do RMS 15.635/DF, em sessão de 09/03/2004, e o TCU, por meio do Acórdão n.º 332/2005 – Plenário, firmaram entendimento de que a URV tem caráter remuneratório, podendo portanto, sobre ela incidir regular tributação.

TC-010.713/2005-1.

Apenso: TC-011.142/2005-5.

Natureza: Representação.

Órgão: Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia – TRE/RO.

Interessado: Secretaria de Controle Externo no Estado de Rondônia – Secex/RO.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO DE UNIDADE TÉCNICA. PAGAMENTO DO PERCENTUAL DE 11,98% REFERENTE À URV A JUÍZES E PROMOTORES

ELEITORAIS. NÃO-INCIDÊNCIA DE TRIBUTAÇÃO SOBRE VERBAS DE CARÁTER NITIDAMENTE REMUNERATÓRIO. ILEGALIDADE.

1. A diferença relativa ao percentual de 11,98% (URV) sobre os vencimentos dos magistrados e servidores é devida a estes últimos de abril de 1994 a dezembro de 1996 e, aos primeiros, de abril de 1994 a janeiro de 1995, tendo em vista que, em janeiro de 1997, entrou em vigor a Lei n. 9.421/1996, que, ao instituir as carreiras dos servidores do Poder Judiciário, fixou novos padrões de vencimentos em real; e, em fevereiro de 1995, os Decretos ns. 6 e 7, que estipularam novas cifras para a remuneração dos Ministros de Estado e membros do Congresso Nacional, aplicáveis aos Ministros do STF por força da Lei n. 8.448/1992, com reflexos sobre toda a magistratura federal.

2. Os valores decorrentes do pagamento de diferença da URV não têm natureza de indenização, mas sim caráter remuneratório. [g.n.]

(Acórdão 714/2007 – TCU – Plenário)

Logo, não havia dúvida plausível em torno da questão e isso restou elucidado de vez pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a Suspensão de Segurança 2863/MA em 02/02/2006 (DJ 08/02/2006-Rel. Min. Nelson Jobim), retratada na ITC 5170/2008-1:

[...]

(fl. 10) As diferenças salariais devidas pelo Estado decorrentes de correção no cálculo da conversão de índice que embasou o reajuste de servidores, relativa à diferença de URV está compreendido no salário dos servidores. Ora, se o indexador incide sobre os salários dos servidores, não há que se falar em verba indenizatória, uma vez que, se tivesse sido pago o salário sem o decréscimo remuneratório resultante da incorreção do cálculo do reajuste, por óbvio sobre tal verba seria cobrada as exações ora impugnadas.

(fl. 13) O SUPREMO admite um mínimo de exame do mérito no pedido de suspensão. A Relatora do writ, no TJ-MA, entendeu plausível o direito do impetrante. Sustentou a natureza indenizatória da URV. Esse entendimento, porém, é questionável. O impetrante reportou-se à Resolução 245 de 12.12.2002, alegando que a mesma 'considerou que as verbas provenientes das diferenças de conversão da URV em moeda Real são de natureza jurídica indenizatória' (fl. 31). Tal resolução dispõe sobre a forma de cálculo do abono de que trata o art. 2º e §§ da Lei n.º 10.474, de 27.6.2002. O mencionado abono, variável e provisório (01.1998 a 05.2002), é de 'natureza indenizatória' (art. 1º, Resolução n.º 245). A forma de cálculo está no inciso I do art. 2º da mesma resolução: 'I – apuração, mês a mês, de janeiro/1998 a maio/2002, da diferença entre os vencimentos resultantes da Lei n.º 10.474, de 2002 (Resolução STF n.º 235, de 2002), acrescidos das vantagens pessoais, e a remuneração mensal efetivamente percebida pelo Magistrado, a qualquer título, o que inclui, exemplificativamente, as verbas referentes a diferenças de URV, PAE, 10,87% e recálculo da representação (194%);' A norma é clara. No cálculo do abono estão excluídas as verbas referentes a diferenças de URV. A URV não tem natureza jurídica indenizatória. Sua natureza é de recomposição de perda salarial. Assim, inexistente razão para justificar a suspensão da retenção dos tributos referidos na inicial. (STF - SS 2863/MA – Rel. Min. Nelson Jobim – j. 02/02/2006 - DJ 08/02/2006 – p.-00025).

(...)

1. Os valores recebidos advindos de pagamento de diferença da URV não têm natureza de indenização, de reparação pela perda do emprego, mas sim salarial, visto que se incorporam ao patrimônio do servidor.

2. A indenização tem por fim a reparação de um dano causado, de maneira que inexistente dano na concessão da multicitada parcela, por nada ter sido reparado.

3. As parcelas percebidas, por possuírem evidente natureza salarial e não indenizatória, configuram-se como remuneração que gera a aquisição de disponibilidade econômica e jurídica, constituindo-se, assim, em fato gerador da incidência do imposto de renda, de forma que sobre ele incide o imposto de renda previsto no art. 43, I, do CTN.

(STJ – 1. T - RMS 19196/MS – Rel. Min. José Delgado – j. 12/04/2005 - DJ 30.05.2005 p. 212).

Dessa forma, impende concluir que não havia a mínima margem para qualquer interpretação que conferisse natureza indenizatória às diferenças de URV ou, como no caso dos autos, ao décimo terceiro e ao terço de férias, não sendo razoável cogitar a respeito de erro de direito escusável.

II.2 Da Violação Direta à Constituição Federal

O fato é que os pagamentos efetuados aos membros do MPEES agrediram frontalmente não apenas a legislação ordinária pertinente, mas a própria ordem constitucional posta, não sendo possível conferir-lhes o *status* de atos jurídicos perfeitos, como se insuscetíveis de revisão fossem.

A despeito da sistemática constitucional, o que se viu neste feito foi a outorga imotivada e precipitada de uma benesse não respaldada pelo ordenamento jurídico, nos quais os gestores agiram sem observar qualquer cautela ou formalidade mínima exigível para a prática dos mais corriqueiros atos administrativos, ainda mais em se tratando de uma despesa que, à época, superava a cifra de R\$ 11 milhões (onze milhões de reais).

Como definido pelo constituinte no §6º do art. 127 da Constituição Federal, durante a execução orçamentária pelo Ministério Público, é vedada a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias, exceto quando previamente autorizada a abertura de créditos suplementares ou especiais:

**CAPÍTULO IV
DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA
SEÇÃO I
DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º.

§ 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual.

§ 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais. [g.n.]

Ocorre que os pagamentos realizados pelo MPEES referiam-se a valores retidos e recolhidos nos anos de 1998 a 2002 e, como tal, estavam consignados nas peças orçamentárias daqueles exercícios, sob a rubrica dos gastos com pessoal. Sendo assim, a eventual devolução desses valores aos beneficiários somente seria possível pela via extraorçamentária se não houvesse sido feito o repasse aos cofres estaduais.

Em se tratando de valores retidos e já repassados em exercícios pretéritos, a devolução, na forma como estruturada pelo MPEES, ou seja, efetivada com recursos financeiros sem correspondência orçamentária vigente, violou frontalmente citado dispositivo constitucional.

Tal violação, aliás, revela-se ainda mais crítica virtude de a demanda nascida e solucionada no âmbito do MPEES não ter sequer aguardado a abertura de crédito suplementar tanto pelo Executivo como pelo próprio órgão o que, nos moldes constitucionais, deveria ter antecedido a realização da despesa.

Assim, friso, o MPEES só poderia ter efetuado tais pagamentos a seus membros de forma extraorçamentária se os valores, embora retidos, não houvessem sido repassados ao Estado. No caso dos autos, a devolução deveria ter sido precedida do devido empenho, sob a rubrica de “despesas de exercícios anteriores”, já existente no orçamento ou, como autoriza a parte final do dispositivo constitucional, após a autorização para abertura dos respectivos créditos, mas nunca da forma como aconteceu, em evidente fuga à peça orçamentária.

Em razão do grave contexto que circundou os pagamentos efetuados a membros do MPEES durante do exercício de 2005, perpetrado destemidamente em evidente afronta ao texto constitucional, é inarredável o reconhecimento de sua nulidade absoluta.

Segundo se denota do contexto probatório, foram formalizados no âmbito do Ministério Público Estadual 3 (três) processos administrativos referentes à devolução de imposto de renda aos membros da Instituição, quais sejam: processos 14510/2004, 20742/2004 e 8234/2005.

Vale destacar o **processo 8234/2005** que foi autuado em 06/04/2005 a partir de despacho de mesma data exarado da Procuradora-Geral de Justiça em exercício, que determinou à Chefe da Coordenação de Finanças do MPEES o adiantamento do pagamento da primeira parcela referente à devolução do IR, acostando à sua determinação parecer elaborado pelo Procurador Geral de Justiça em que defendia a natureza indenizatória das diferenças de URV, tendo inclusive atribuído tal entendimento de maneira incontroversa ao Supremo Tribunal Federal, sem, contudo, ilustrar com precedentes daquela Corte.

Do contexto delineado nos autos, é fácil depreender que os pagamentos efetuados pelo Ministério Público Estadual a seus membros no ano de 2005 ocorreram à margem do ordenamento jurídico, fora do contexto republicano e, feitos dessa forma, os atos administrativos que culminaram nos pagamentos em questão não foram dotados dos mais basilares requisitos.

A Constituição Federal de 1988 hierarquizou o processo orçamentário em leis de iniciativa do Poder Executivo que estabelecerão o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais. Segundo José Roberto Afonso, **um dos pilares da democracia é o orçamento público**. O Governo não pode gastar os recursos públicos sem que antes tenha sido autorizado para tanto pelos representantes eleitos diretamente pelo povo (Orçamento Público no Brasil: História e Premência de Reforma. Joaçaba, v. 17, n. 1, p. 9-28, jan/abr. 2016. p. 18 e 19).

A Lei Orçamentária Anual (LOA), por ser subordinada ao PPA e à LDO, não pode conter dispositivos que os contrariem. Quando isso ocorrer, o PPA e a LDO, nessa ordem, prevalecem. A LOA tem vigência anual e a sua função primordial é estimar a receita pública e fixar a despesa para o exercício financeiro (MENDES, José Marcos. **Sistema Orçamentário Brasileiro: Planejamento, Equilíbrio Fiscal e Qualidade do Gasto Público**. Consultoria Legislativa do Senado Federal. Texto para Discussão 38, Brasília. 2008. p. 4 e 5).

Sobre a importância do tema, o ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da ADI 4.048 (STF, 14.05.2008), de relatoria do ministro Gilmar Mendes, arrematou com brilhante precisão: **“A lei orçamentária é a lei materialmente mais importante do ordenamento jurídico logo abaixo da Constituição”**.

Nesse sentido, não merecem reparos a lógica constitucional que une as três leis que regulam o planejamento governamental por meio do processo orçamentário, inclusive, vale destacar, que infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária configura crime de responsabilidade previsto na Lei 1.079/1950 (art. 10, 4).

No caso dos autos, **os pagamentos foram efetuados** de abril a dezembro de 2005 pelo MPEES em 9 (nove) parcelas mensais sem qualquer respaldo no orçamento do órgão. Esclareço que a autorização legislativa existente restringia-se ao âmbito do Poder Executivo, que estava autorizado a empenhar a restituição da receita outrora arrecadada, inexistindo, contudo, correspondente autorização legal para que o pagamento aos membros do MPEES se realizasse no orçamento da Instituição. Sendo assim, constatou-se que, mesmo após a abertura de crédito suplementar pelo

Executivo em outubro de 2005, os pagamentos continuaram a ocorrer pela via extraorçamentária no âmbito do MPEES, ou seja, realizando-se despesas sem empenho.

Logo, importa reconhecer que os pagamentos em apreço foram feitos **sem autorização legislativa**, estando configurada, portanto, violação direta ao art. 127, §6º da Constituição Federal, o que impõe a reparação dos efeitos do ato em virtude da sua absoluta nulidade.

II.3 Da Anulação dos Atos com efeitos *ex tunc* – Situação flagrantemente inconstitucional que não pode ser superada pela simples incidência do prazo decadencial da Lei 9.784/99

Por tudo que se narrou, este Tribunal de Contas não se pode furtar ao exercício da competência insculpida no inciso IX do art. 71 da Constituição Federal, reproduzida e assegurada em toda a cadeia legislativa pertinente à sua atuação, que é a de fixar prazo para a adoção das providências necessárias a exato cumprimento da lei e, no caso dos autos, mais ainda, da Constituição Federal:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade

Cabe, portanto, aplicar a súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, nos termos da qual tem lugar a anulação dos atos administrativos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos:

Súmula 473 STF

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Também em consonância com o entendimento sumulado, é válida a remissão à Lei 9.784/99 (Lei de processo administrativo federal), cuja aplicabilidade a outras esferas da Federação é pacificamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência e

que impõe à Administração o dever de anular seus próprios atos quando eivados de legalidade:

CAPÍTULO XIV
DA ANULAÇÃO, REVOGAÇÃO E CONVALIDAÇÃO

Art. 53. **A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade**, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

[...]

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato

[g.n.]

Embora a legislação ordinária estabeleça o prazo decadencial de 5 (cinco) anos para que a Administração exerça o direito de anular seus atos, quando deles decorram efeitos favoráveis aos seus destinatários, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado pela possibilidade de anulação mesmo após o prazo decadencial, revendo efeitos favoráveis a servidores, quanto configurada violação direta ao texto constitucional.

Nesse sentido, têm-se como precedentes da Corte Suprema o Mando de Segurança 28.279/DF, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, no qual restou decidido que situações flagrantemente inconstitucionais não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do prazo decadencial da Lei nº 9.784/99.

A questão, que é recorrente no âmbito do STF, também foi objeto dos Mandados de Segurança MS 26.860/DF (Rel. Min. Luiz Fux, Pleno - julgado em 2/4/14), MS 28.371/DFAgR (Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno - julgado em 13/12/12) e MS 28273/DF-AgR (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno - julgado em 13/12/12).

A mesma tendência jurisprudencial também se confirmou no Recurso Extraordinário 817338 RG/DF, no bojo do qual o STF reconheceu a relevância da discussão e transferiu o debate para a sede de repercussão geral, ainda não apreciada, nos seguintes termos:

Os temas postos em discussão nestes autos apresentam nítida densidade constitucional e, a toda evidência, extrapolam os interesses subjetivos das partes, sendo extremamente relevantes para os cidadãos, dada a vultosa quantia que vem sendo destacada do orçamento da União para a realização dos pagamentos aos anistiados.

O segundo tema constitucional abordado em ambos os recursos aviados traz o seguinte questionamento: as situações flagrantemente inconstitucionais podem ser superadas pela incidência do que dispõe o art. 54 da Lei nº 9.784/99 ou será perpétuo o direito da Administração Pública de rever seus atos em situações de absoluta contrariedade direta à Constituição Federal?

Aliás, conquanto haja importante precedente consubstanciado no MS nº 28.279/DF, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, no qual restou decidido que situações flagrantemente inconstitucionais não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do prazo decadencial da Lei nº 9.784/99, a questão continua a ser reiteradamente submetida a este tribunal, sendo que sobre ela não há, ainda, um posicionamento definitivo e vinculante desta Suprema Corte. Convém observar, também, o teor de cada um dos debates formados no julgamento das seguintes demandas subjetivas: MS nº 26.860/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, Pleno, julgado em 2/4/14; MS nº 28.371/DFAgR, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, Pleno, julgado em 13/12/12; e MS nº 28273/DF-AgR, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, julgado em 13/12/12.

Pelo exposto, concluo que as matérias suscitadas nos recursos extraordinários apresentam nítida densidade constitucional e extrapolam os interesses subjetivos das partes, pois repercutem na sociedade como um todo. Não bastasse isso, diante das questões levantadas pelas partes e descritas nesta manifestação, nota-se que a discussão travada nos autos possui potencial efeito multiplicador e inquestionável relevo econômico, sendo ainda dotada de evidente repercussão jurídica. Destarte, manifesto-me pela repercussão geral das matérias.

Estando plenamente delineada a possibilidade jurídica de revisão dos efeitos decorrentes dos pagamentos promovidos pelo MPEES no ano de 2005, ainda que ultrapassado o prazo decadencial, pois, como se viu, foram realizados em violação direta ao texto constitucional, impondo-se que seja superado o mero interesse subjetivo dos beneficiários, excepcionados que foram pelo tratamento que indevidamente lhes foi conferido em afronta direta à Constituição da República.

III PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Por todo o exposto, com base na competência outorgada pelo inciso Vⁱ, do artigo 29, da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), acompanho o entendimento pronunciado pelo Relator, com os acréscimos consignados (item IV.5.3 da proposta de deliberação), e **VOTO** por que o Plenário aprove a seguinte proposta de deliberação:

Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun
Conselheiro

ACÓRDÃO

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

IV.1 Preliminarmente:

IV.1.1 Negar a exequibilidade ao art. 62 e 64 da Lei Estadual 7233/2002, por ofensa ao artigo 37, caput, inciso II da Constituição Federal, reproduzido pelo artigo 32, caput, inciso II da Constituição do Estado do Espírito Santo;

IV.1.2 Considerar prescrita, nos termos do art. 71 da LC n. 621/12, a **pretensão punitiva** desta Egrégia Corte de Contas, mantida, no entanto, a capacidade de impor ressarcimento e medidas corretivas;

IV.1.3. Não acolher as alegações de ilegitimidade *ad causam* apresentadas pelos gestores Sr. José Paulo Calmon Nogueira da Gama e Sr^a Heloísa Malta Carpi;

IV.2 Manter as irregularidades do processo de Auditoria Ordinária (processo TC 2832/2006):

IV.2.1. Devolução Indevida de parte do IRRF, especificamente retido sobre os valores pagos a título de reposição de perdas com a conversão da URV em Real (11,98%), equivocadamente entendida como parte do Abono Variável, nos termos da Resolução nº 245/2002 do STF (item II.C.4 da ITC 5170/2008)
Responsáveis: José Paulo Calmon Nogueira da Gama

Heloísa Malta Carpi

Ressarcimento: **R\$ 10.674.457,32**, em valores da época, equivalente à **6.710.540,89 VRTE**.

IV.2.2. Restituição indevida de Imposto de Renda Retido na Fonte incidente sobre as parcelas de 13º Salário e Abono de Férias, que compõem o montante da diferença proveniente da conversão de URV em real (11,98%), aos Membros do Ministério Público Estadual (item II.C.5 da ITC 5170/2008)

Responsável: José Paulo Calmon Nogueira da Gama

Ressarcimento: **R\$ 641.350,07**, em valores da época, equivalente à **403.187,32 VRTE**.

IV.2.3 Pagamento de diferenças da conversão de UVR em Real (11,98%) aos servidores do MPEES sem retenção e recolhimento das contribuições previdenciárias (item II.C.9 da ITC 5170/2008) Responsável: José Paulo Calmon Nogueira da Gama

IV.2.4. Pagamento de diferenças da conversão de UVR em Real (11,98%) aos servidores do MPEES sem retenção de IRRF (Item II.C.10 da ITC 5170/2008) Responsável: José Paulo Calmon Nogueira da Gama

IV.2.5. Servidores cedidos, incorporados e enquadrados aos quadros de pessoal administrativo do ministério público, evidenciando uma investidura em cargo público efetivo sem prévio concurso público – ausência de concurso público para preencher os cargos efetivos.

IV.3. Julgar irregular a presente prestação de contas com fulcro no art. 84, III, “c”, “d” e “e” da Lei Complementar nº 621/2012:

IV.3.1 rejeitar as alegações de defesa do Sr. José Paulo Calmon Nogueira da Gama, condenando-o, em valores da época, ao **ressarcimento no valor total de R\$11.315.807,39** (onze milhões, trezentos e quinze mil, oitocentos e sete reais e trinta e nove centavos), equivalente a 7.113.728,16 VRTE¹⁴, sendo R\$10.674.457,32 (dez milhões, seiscentos e setenta e quatro mil, quinhentos e cinquenta e sete reais e trinta e dois centavos), **de forma solidária com a Sr^a Heloísa Malta Carpi**, correspondente à 6.710.540,89 VRTE, em relação ao item III.1 deste voto e, **individualmente ao ressarcimento de R\$641.350,07** (seiscentos e quarenta e um mil, trezentos e cinquenta reais e sete centavos), equivalente a 403.187,32 VRTE em relação ao item III.2.

IV.3.2 rejeitar as razões de justificativas e julgar irregulares as contas da Sr^a. Heloísa Malta Carpi, no exercício de 2005, em razão da prática de atos ilegais que causaram dano ao erário, relatado nos item II.C.4 da Instrução

Técnica Conclusiva 5170/2008 (item III.1 deste Voto), condenando-a, em valores da época, ao **ressarcimento do valor de R\$ 10.674.457,32**, equivalente à 6.710.540,89 VRTE, **em solidariedade com o Sr José Paulo Calmon Nogueira da Gama**.

IV.4 Pela **REGULARIDADE** dos atos de gestão da Senhora Catarina Cecin Gazeli, ante a sua atuação, no exercício de 2005, frente à Procuradoria Geral de Justiça,

IV.5. DETERMINAR, com fundamento no §7º, do art. 329 do Regimento Interno, ao atual Procurador Geral de Justiça que:

IV.5.1 no prazo máximo de 30 (trinta) dias comprove por meio de documento hábil a retenção do imposto de renda e contribuições previdenciárias versadas no item II.C.9 e II.C.10 da ITC 5170/2008;

IV.5.2 no prazo de 30 (trinta) dias promova a abertura de procedimento administrativo a fim de identificar os servidores ativos, cedidos por outros órgãos, e incorporados aos quadros do ministério público estadual ao arripio da previsão constitucional do concurso público e fazer cessar a ilegalidade, com recomendação de modulação dos efeitos da decisão, conforme previsto na ADI 4876/DF, de relatoria do Min. Dias Toffoli; e

IV.5.3 promova a imediata anulação com efeitos *ex tunc* dos atos praticados no processo administrativo 8234/2005 e que culminaram em pagamentos indevidos a membros do MPEES, determinando-se a restituição aos cofres estaduais pelos respectivos beneficiários em até 24 (vinte e quatro) meses, comprovando-se perante esta Corte a adoção das medidas necessárias no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, para fins de monitoramento, suspendendo-se a execução da condenação contida nos itens IV.3.1 e IV.3.2 durante o decurso do prazo bienal aqui fixado.

Transitado em julgado, archive-se.

ⁱ Art. 29. Compete ao Conselheiro:

V - apresentar, relatar, votar ou diligenciar, nos prazos deste Regimento, os processos do Tribunal;