ACÓRDÃO - AC00 - 680/2020

PROCESSO TC/MS	: TC/95456/2011/001
PROTOCOLO	: 1934896
TIPO DE PROCESSO	: RECURSO ORDINÁRIO
ÓRGÃO	: FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE NOVA ANDRADINA
RECORRENTES	: JOSÉ GILBERTO GARCIA, NOBERTO FABRI JÚNIOR, JOSÉ CARLOS PAIVA SOUZA
ADVOGADO	: GUSTAVO PAGLIARINI DE OLIVEIRA – OAB/MS 8.756 E OUTROS.
RELATOR	: CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO – ACÓRDÃO – DENÚNCIA – FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE – INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – SUPOSTO DESVIO DE RECURSOS POR SERVIDOR PÚBLICO – EMISSÃO INDEVIDA DE CHEQUES – BENEFÍCIO PRÓPRIO – INSPEÇÃO EXTRAORDINÁRIA – DANO AO ERÁRIO – SECRETÁRIOS MUNICIPAIS E PREFEITO – PARTICIPAÇÃO ATIVA NÃO DEMONSTRADA – CONDUTAS CULPOSAS – RESPONSABILIZAÇÃO POR OMISSÃO – *CULPA IN VIGILANDO* – APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE RECURSOS FINANCEIROS – LESÃO AO ERÁRIO – APLICAÇÃO DE MULTA – IMPUGNAÇÃO – AUSÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO DOLO OU CULPA GRAVE – AUSÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA INOBSERVÂNCIA DOS DEVERES INERENTES ÀS FUNÇÕES DESEMPENHADAS – EXCLUSÃO DAS SANÇÕES – PROVIMENTO.

A responsabilidade dos gestores perante esta Casa de Contas, por ser de natureza subjetiva, pode se originar de conduta comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, cujo resultado seja a violação dos deveres impostos pelo regime de direito público aplicável àqueles que administram os recursos recebidos, em desrespeito aos princípios norteadores da Administração Pública. Contudo, no exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa *in vigilando* aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo, pelo que, não restando comprovada qualquer atuação direta dos recorrentes para o ilícito, sendo vítimas do então servidor público, o provimento do recurso interposto é medida que se impõe para afastar as sanções impostas em razão da total ausência de provas acerca da inobservância dos deveres inerentes às funções desempenhadas.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 17ª Sessão Ordinária Virtual do Tribunal Pleno, realizada de 29 de junho a 2 de julho de 2020, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do relator, em **conhecer** e **dar provimento** ao Recurso Ordinário interposto pelo **Sr. José Gilberto Garcia, Sr. Noberto Fabri Júnior** e o **Sr. José Carlos Paiva Souza,** para reformar a Deliberação **AC01 – 1347/2018,** proferida no Processo TC/95456/2011, excluindo o item “3.2”, “3.3” e “3.4”, no sentido de isentar os recorrentes das sanções impostas em razão da total ausência de provas acerca da inobservância dos deveres inerentes às funções desempenhadas pelos recorrentes, nos termos do art. 151 e seguintes da Resolução Normativa TC/MS n. 76/2013.

Campo Grande, 2 de julho de 2020.

Conselheiro **Waldir Neves Barbosa** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

Vistos, etc.

I - RELATÓRIO

Trata-se os autos de Recurso Ordinário interposto pelo Sr. José Gilberto Garcia, Ex-Prefeito Municipal de Nova Andradina/MS, Sr. Noberto Fabri Júnior, Ex-Secretário de Saúde de Nova Andradina/MS e o Sr. José Carlos Paiva Souza, também, Ex-Secretário de Saúde de Nova Andradina/MS contra o Acordão AC01 – 1347/2018, por meio do qual esta corte proferiu a seguinte deliberação:

> 2. Pelo **CONHECIMENTO** da presente **DENÚNCIA** formulada pelo Procurador-Geral de Justiça em exercício Dr. Humberto de Matos Brittes, tendo como denunciado Reginaldo Fernandes Cavalcante, ante a comprovação de apropriação, por este, de recursos financeiros do Fundo Municipal de Saúde do município de Nova Andradina/MS, afrontando, assim, o disposto no art. 37, caput, da Constituição Federal, nos termos do art. 40 da Lei Complementar n. 160/2012, c/c os artigos 128 e 129, I, do Regimento Interno desta Corte de Contas;
>
> 3. Pela **APLICAÇÃO DE MULTA** em valor correspondente a 2.195 (duas mil, cento e noventa e cinco) UFERMS, sendo:
>
> 3.1 – 1.295 (mil duzentas e noventa e cinco) UFERMS, em face ao denunciado REGINALDO FERNANDES CAVALCANTE, nos termos do art. 45, II, da Lei Complementar n. 160/2012, c/c o art. 170, II, do Regimento Interno desta Corte de Contas, considerando a previsão mínima de 5% (cinco por cento) sobre o valor do dano ao erário apurado este em R$ 659.252,40 (seiscentos e cinquenta e nove mil, duzentos e cinquenta e dois reais e quarenta centavos);
>
> **3.2** – **300** (trezentas) UFERMS, em face ao Senhor **José Gilberto Garcia,** Ex-Prefeito de Nova Andradina/MS, no período da lesão ao erário, em razão da cul pa in vigilando, atraindo para si o disposto no art. 10, I, da Lei Federal n. 8.429/1992, nos termos do art. 45, I, da Lei Complementar n. 160/2012, c/c o art. 170, I do Regimento Interno desta Corte de Contas;
>
> **3.3** - **300** (trezentas) UFERMS, em face ao Senhor **Norberto Fabri Júnior,** Ex-Secretário de Saúde de Nova Andradina/MS, até 31/07/2010, período da lesão ao erário, em razão da culpa in vigilando, atraindo para si o disposto no art. 10, I, da Lei Federal n. 8.429/1992, nos termos do art. 45, I, da Lei Complementar n. 160/2012, c/c o art. 170, I do Regimento Interno desta Corte de Contas;
>
> **3.4** - **300** (trezentas) UFERMS, em face ao Senhor **José Carlos Paiva Souza**, Ex-Secretário de Saúde de Nova Andradina/MS, a partir de 01/08/2010, período da lesão ao erário, em razão da culpa in vigilando, atraindo para si o disposto no art. 10, I, da Lei Federal n. 8.429/1992, nos termos do art. 45, I, da Lei

Complementar n. 160/2012, c/c o art. 170, I do Regimento Interno desta Corte de Contas.

4. Pela **IMPUGNAÇÃO** do valor de **R$ 659.252,40** (seiscentos e cinquenta e nove mil, duzentos e cinquenta e dois reais e quarenta centavos), em desfavor de **REGINALDO FERNANDES CAVALCANTE**, em razão da apropriação indébita da mencionada importância dos cofres do Fundo Municipal de Saúde de Nova Andradina/MS, imputando-lhe a responsabilidade de restituição ao erário municipal, nos termos do art. 61, inc. I da Lei Complementar n. 160/2012, c/c o art. 172, inc. II e III, alínea a do Regimento Interno desta Corte de Contas, aplicados aqui por analogia;

O presente pedido foi recebido como tempestivo e cabível pela Presidência desta Corte de contas através do Despacho DSP - GAB. PRES.- 46037/2018, nos termos do artigo 149,150 e 151 da Resolução TC/MS n° 76/2013.

Os autos foram encaminhados à Unidade Técnica desta Casa, que se manifestou pelo não provimento do Recurso Ordinário interposto, mantendo-se as multas aplicadas contra os recorrentes

Aberta vista ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, este opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso interposto.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

II – FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Preliminar - Admissibilidade

Preliminarmente em sede de admissibilidade do Recurso Ordinário, conheço do presente pedido, uma vez que foram atendidos os pressupostos de sua admissibilidade, pois o apelo é próprio, tempestivo e atende ao disposto no art. 151 da Resolução TC/MS n° 76/2013.

Mérito

Nos termos da Deliberação de fls. 69/83 nos autos do processo TC/95456/2011, deliberou o Relator pela aplicação de multa no valor de 300 (trezentos) UFERMS aos recorrentes, em razão da culpa *in vigilando*, atraindo para si o disposto no art. 10, I, da Lei Federal n. 8.429/1992.

Primeiramente, devemos destacar que o critério empregado pelo Tribunal

quanto ao cenário da culpa *in vigilando* deve ser pensado com certa ressalva, pois a regra geral da responsabilização na esfera das Cortes de Contas é a adoção da teoria subjetiva da responsabilidade, com a indispensabilidade da demonstração do dolo ou culpa na conduta ou na omissão do responsável.

Assim, a responsabilidade dos gestores perante esta Casa de Contas, por ser de natureza subjetiva, pode se originar de conduta comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, cujo resultado seja a violação dos deveres impostos pelo regime de direito público aplicável àqueles que administram os recursos recebidos.

O art. 10 da lei 8.429/92 destaca os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário nas modalidades dolosa e culposa.

As repercussões assinaladas no art. 37, § 4º, da Constituição para os atos de contravenção da probidade administrativa, civil, administrativa e política, demonstram que a improbidade é uma forma especial de responsabilidade.

Dado isso, a conformação da improbidade, mais do que o cometimento de uma ilegalidade, requer a prática de uma imoralidade administrativa qualificada, um grave desvio de conduta, nas palavras de José Afonso da Silva[1].

Assim, é indispensável ter-se a percepção de que não é qualquer culpa que assegura a responsabilização com fulcro no art. 10 da lei de improbidade, como leciona o ilustre doutrinador Luis Manuel Fonseca Pires, nos termo do art. 37, § 4º, da Constituição, a incidência do art. 10 **exige culpa grave**"[2].

Ressalta-se que este é o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a atuação do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei nº 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10.

No mesmo sentido é assentada jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Vejamos:

> E M E N T A - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – REGULARIDADE DA DECISÃO – NULIDADE POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – AFASTADA - EXAME DO RECEBIMENTO DA AÇÃO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - ATUAÇÃO DA ADVOGADA NA TRAMITAÇÃO DOS PROCESSO – CONTRATAÇÃO DA PROCURADORA NA FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE DOLO OU CULPA GRAVE - RESPONSABILIZAÇÃO DA ADVOGADA – OFENSA ÀS PRERROGATIVAS DE INVIOLABIILIDADE – DECISÃO REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA EXTINGUIR O PROCESSO EM RELAÇÃO À AGRAVANTE. Ainda que sucintamente, tem-se que, em princípio,

[1] SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 9a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 353
[2] PIRES, Luis Manuel Fonseca. Controle judicial da probidade administrativa. A culpa na língua da Constituição de República de 1988. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1075.

> a decisão agravada encontra-se fundamentada, não procedendo a insurgência da agravante quanto a sua nulidade. **É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10"** A responsabilização da advogada nesta medida implica em ofensa às prerrogativas de inviolabilidade e independência técnica do mesmo (exercício com liberdade), já que exarar opinião, omitir ou apresentar recursos ou embargos, diante do juízo de valor do caso, jamais poderia traduzir ilícito, sendo completamente atípica a conduta. (TJ-MS - AI: 14084241220188120000 MS 1408424-12.2018.8.12.0000, Relator: Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Data de Julgamento: 28/02/2019, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 01/03/2019) (grifei e destaquei)

Posto isso, deve-se ainda acentuar que com o advento da Lei nº 13.655/18, que alterou a Lei de Introdução do Direito Brasileiro, a acertada interpretação dada à lei de improbidade pelo STJ foi consolidada.

O art. 28 da nova Lei nº 13.655/18, estabelece que *"o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro"*.

Culpa grave e erro grosseiro são expressões equivalentes[3], de forma que a condenação com fundamento no art. 10 da Lei nº 8.429/92, interpretado sistematicamente com a Constituição e com a LINDB, **depende de culpa grave ou erro grosseiro**.

No intuito de esclarecer a dimensão do que seria erro grosseiro, houve a edição do Decreto nº 9.830/19, que em seu art. 12[4], tratou por regulamentar alguns parâmetros para a avaliação da definição do referido instituto.

A princípio, o decreto afirma que o erro grosseiro é "aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia".

Outrossim, para a comprovação do erro grosseiro deverá ser cabal, não cabendo a presunção, a teor do que dispõe o § 2°, do art. 12, do supracitado Decreto.

Impende ainda destacar, que no exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa *in vigilando* aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

---

[3] SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática. Senado Federal: Brasília, 2015. p.15

[4] Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

Assim, para que haja a aplicação de sanções aos superiores hierárquicos, deverá estar provado cabalmente que houve uma culpa gravosa.

No caso dos autos, segundo entendimento exarado pelo *Parquet* de Contas, reputa-se não ser razoável a manutenção da multa no valor de 300 (trezentos) UFERMS aplicada a cada um dos recorrentes, em razão da culpa *in vigilando*, porquanto não há comprovação da inobservância dos deveres inerentes às funções desempenhadas, tampouco de suas conivências com a prática fraudulenta detectada.

Dessa forma, mister se faz a transcrição de trechos extraídos do Relatório da Comissão Parlamentar - Processo Administrativo Disciplinar n° 010/2011 - instaurado por intermédio da Portaria Municipal 277/2011, o qual resta demonstra a ausência de culpa gravosa, sem negligência elevada dos recorrentes. Vejamos:

> "O indiciado Reginaldo esclareceu ainda que **não sabia dizer se o Sr. Noberto e Prefeito Municipal José Gilberto Garcia sabiam desse esquema**". (fls. 730) (grifei e destaquei)
>
> "**Não houve também qualquer prova de que outras pessoas tivessem participação no desvio recursos** do Fundo Municipal de Saúde, e tampouco que tenham se beneficiado do esquema". (fls. 732) (grifei e destaquei)
>
> "Ponto que ficou altamente **controvertido** durante essa investigação se refere a **autenticidade ou não das assinaturas apostas nos cheques utilizados** nos desvios de recursos (fls. 841) (grifei e destaquei)

Ademais, o Laudo Pericial acostado às fls. 862/880 dos autos originários, informa que as assinaturas ilustradas nos campos destinados ao emitente apresentaram **divergências**, em relação ao aspecto formal e ideográfico, com as assinaturas que compõem o padrão gráfico de José Gilberto Garcia e José Carlos Paiva Souza.

Note-se, portanto, que não restou comprovada qualquer atuação direta dos recorrentes para o ilícito, em verdade, as evidências apuradas durante a instrução apontam que ambos foram vítimas do então servidor público Sr. Reginaldo Fernandes Cavalcanti.

Dito isso, rememoremos que a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (art. 22, § 2º) estabelece que o julgador, na aplicação de sanções, deverá considerar a natureza e a gravidade da infração cometida, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

Além do que, o agente deverá responder pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de **dolo** ou **erro grosseiro** (art. 28 da LINDB).

Com efeito a conduta dos recorrentes no caso concreto quando avaliada em conjunto com os elementos externos, não demonstram nenhuma atuação eivada de culpa grave, motivo que afasta a tipificação das condutas descritas no art. 10, conforme já explanado.

DISPOSITIVO

Isso posto, divirjo do parecer do Ministério Público de Contas e **VOTO**:

I – **CONHECER** do Recurso Ordinário interposto por José Gilberto Garcia Ex-Prefeito de Nova Andradina/MS, Noberto Fabri Júnior Ex-Secretário de Saúde de Nova Andradina/MS e José Carlos Paiva Souza Ex-Secretário de Saúde de Nova Andradina/ MS, por observância aos postulados de admissibilidade prescritos nos artigos 151 e seguintes da Resolução Normativa TC/MS n. 76/2013;

II – No mérito, pelo **PROVIMENTO DO RECURSO** para reformar a Deliberação AC01 – 1347/2018, proferida no Processo TC/95456/2011, excluindo o item “3.2”, “3.3” e “3.4”, no sentido de isentar os recorrentes das sanções impostas em razão da total ausência de provas acerca da inobservância dos deveres inerentes às funções desempenhadas pelos recorrentes, nos termos do art. 151 e seguintes da Resolução Normativa TC/MS n. 76/2013;

III - pela **INTIMAÇÃO** do resultado deste julgamento aos interessados, observado o que dispõe o art. 50 da Lei Complementar nº 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, pelo conhecimento e provimento do recurso ordinário.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Relator o Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Ronaldo Chadid, Osmar Domingues Jeronymo, Jerson Domingos, Marcio Campos Monteiro e Flávio Kayatt.

Presente o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 2 de julho de 2020.

Conselheiro **WALDIR NEVES BARBOSA**

Relator

MSS/dssm