



**MINISTÉRIO
PÚBLICO
DE CONTAS**
ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO

Procuradoria-Geral de Contas

Manifestação do Ministério Público de Contas 00109/2019-6

Processo: 02293/2019-3

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

Criação: 11/03/2019 15:08

Origem: GAPGC - Gabinete do Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-RELATOR

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador abaixo subscrito, no uso de suas atribuições institucionais, com fulcro no art. 130 da Constituição Federal c/c art. 3º, inciso II, da LC n. 451/2008, manifesta-se nos seguintes termos.

Trata-se de denúncia com pedido de provimento de medida cautelar, formulada pelo Sindicato dos Auditores de Controle Externo do Estado do Espírito Santo – SINDACE-ES, em face do Governador do Estado do Espírito Santo, José Renato Casagrande, acerca de supostas irregularidades envolvendo o pagamento da Bonificação por Desempenho aos Auditores Fiscais da Receita Estadual, nos termos da Lei Estadual n.º 10.824, de 06 de abril de 2018, que instituiu o Programa de Garantia e Otimização da Receita Tributária Estadual, no âmbito da Secretaria de Estado da Fazenda (SEFAZ).

Em síntese, argumenta que a Lei Estadual n.º 10.824/2018, indevidamente, criou sistema de bonificação pecuniária sobre o atingimento de metas de arrecadação editadas pela Secretaria da Fazenda e pagas aos auditores de forma indistinta, sem qualquer aferição quanto à contribuição pessoal para atingimento da meta estabelecida, violando de forma flagrante o disposto nos artigos 1º e 2º, §3º, da Lei Complementar Estadual n.º 353/2006, que instituiu a modalidade de remuneração por subsídio para a carreira do fisco estadual, bem como aos preceitos constitucionais previstos no artigo 39, §4º, da Constituição Federal e artigo 38, §3º, da Constituição Estadual, padecendo de vício de inconstitucionalidade.

Argumenta, ainda, que a modalidade de remuneração por subsídio deve ser fixada em parcela única, sendo vedada a percepção de acréscimos de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, conforme ditames constitucionais e legais sobre a matéria.

Destarte, colaciona farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, corroborando a tese de que é constitucionalmente vedada a percepção de vantagens pecuniárias aos agentes remunerados na forma de subsídio, o qual impõe o recebimento da remuneração mediante parcela única, salvo as hipóteses constitucionalmente previstas.

Por fim, alega que, na forma como prevista na lei estadual, a bonificação por desempenho será

concedida de forma indistinta aos auditores fiscais, tendo como real fundamento a simples ocupação do cargo, independente de sua atuação funcional, situação que revela descompasso entre a real natureza da rubrica, verdadeira espécie remuneratória, e a forma como é tratada pela norma estadual, como se verba indenizatória e eventual fosse.

Ato contínuo, foram os autos distribuídos ao Relator, Conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo, que encaminhou o feito para manifestação do Ministério Público de Contas.

Pois bem.

1 – DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE:

A priori, registra-se que compete ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, nos termos do Regimento Interno (art. 1º, inciso XXIII, da LC n. 621/12).

No caso vertente, observam-se presentes os requisitos de admissibilidade elencados no art. 94 da LC n. 621/2012.

Registra-se, por oportuno, equívoco na autuação do feito como "representação", não se aplicando à espécie os artigos 95 e 101 da LC nº 621/12.

2 – DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR:

A priori, cumpre ressaltar que a competência para determinar medidas cautelares se reveste em importante instrumento processual conferido aos Tribunais de Contas com o fim de assegurar a efetividade na tutela do interesse público primário, constituindo-se em medida efetiva de proteção ao patrimônio público, de modo a prevenir a ocorrência de lesão ao erário, bem como garantir a efetividade de suas decisões.

Nesse sentido, vale destacar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consubstanciada na teoria dos poderes implícitos, considerou que a possibilidade de os Tribunais de Contas concederem provimentos cautelares apresenta-se como instrumento processual necessário e compatível com o sistema de controle externo, em garantia de seu adequado funcionamento e alcance de suas finalidades constitucionais, tais quais o dever de apuração efetiva da responsabilidade, a promoção de ressarcimento de prejuízos causados e evitar a inviabilidade de ressarcimento (STF: MS 33.092/DF; MS 24.510/DF; MS 34.446/DF; SS 5205/RN).

In casu, observa-se que a tutela cautelar requerida visa apenas resguardar a proteção do interesse público, considerando que uma vez realizados os pagamentos da bonificação por desempenho que, supostamente, estariam eivados de grave irregularidade, restaria caracterizado contexto fático-jurídico de risco ao resultado útil do processo, decorrente de perigo irreversível de inviabilização do ressarcimento ao erário.

Como cediço, o artigo 124 da Lei Complementar Estadual n.º 621/2012 exige, para a concessão da medida cautelar por essa Corte de Contas, a presença de dois requisitos gerais, quais sejam, o fundado receio de grave ofensa ao interesse público (ou *fumus boni iuris*) e de risco de ineficácia da decisão de mérito (ou *periculum in mora*) e, ainda, a não configuração de um requisito dito negativo, a não configuração de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Vale destacar que no caso deste feito, a matéria em análise e as correspondentes provas, quando necessárias, restringem-se a comprovação dos requisitos da medida cautelar requerida, resumindo-se ao exame do direito e de cognição sumária.

Nesse sentido, no que se refere ao fundado receio de grave ofensa ao interesse público, em regra, o

juízo de convencimento se verifica com a probabilidade do direito em razão da matéria fática apresentada. Contudo, conforme já destacado, o caso vertente se reporta apenas à lei, isto é, se restringe ao exame de matéria legal.

Assim sendo, não é difícil observar que a Lei Estadual nº 10.824/2018 instituiu o Programa de Garantia e Otimização da Receita Tributária visando estabelecer metas de arrecadação para a Administração Tributária Estadual, com periodicidade semestral, estabelecidas no Planejamento Anual da SEFAZ, com base em indicadores diretos e indiretos de arrecadação, os quais tem o objetivo de incrementar e mensurar o desempenho no alcance das metas semestrais de arrecadação.

Após análise realizada do Planejamento Anual da SEFAZ para o 2º semestre de 2018, foi possível constatar que os indicadores diretos de arrecadação estão atrelados ao desempenho numérico da arrecadação expresso em moeda corrente, de modo que com base no Indicador Geral de Arrecadação a meta para o segundo semestre de 2018 foi fixada em R\$ 5.091.014.716,67, sendo que para o mesmo período de 2017 a arrecadação foi de R\$ 4.890.034.306,66.

Assim, o próprio Planejamento Anual destaca que a meta definida para o segundo semestre de 2018, apresentou um incremento de R\$ 200.980.410,01 em relação ao mesmo período de 2017, resultante da aplicação de 4.11% decorrente da projeção do IPCA para o ano de 2018 – Boletim FOCUS, e, ainda, fazendo a ressalva que instabilidades econômicas decorrentes de variáveis externas poderão influenciar diretamente no alcance da meta.

Neste ponto, já é possível vislumbrar que as metas estabelecidas não decorrem de esforço extra dos auditores fiscais, pois as metas estabelecidas apenas projetam para o futuro a projeção do IPCA, tornando previsível o seu cumprimento pelos agentes beneficiados, transparecendo, preliminarmente, gratificação de caráter permanente com natureza remuneratória.

Ademais, em que pese constar da norma que o pagamento da bonificação por desempenho é individualizado, isto é, paga a cada Auditor Fiscal da Receita Estadual, a própria lei estadual deixa claro que os indicadores de desempenho não se prestam a mensurar individualmente o desempenho da arrecadação de cada servidor beneficiado, tanto é verdade tal fato que a Lei Estadual n.º 10.824/2018 prescreve que **o pagamento dependerá da performance semestral da área da Receita Estadual**.

Desse modo, resta caracterizado uma incongruência na medida em que os indicadores serão responsáveis por fornecer informações para mensuração do desempenho obtido por área da Receita Estadual, ao passo que os pagamentos pelo desempenho serão realizados individualmente a cada Auditor Fiscal, e não pela área da Receita Estadual, sem qualquer correlação com a avaliação dos indicadores.

Logo, verifica-se que mesmo que determinado Auditor Fiscal tenha um desempenho pífio em razão da meta fixada, ainda assim, acaso o valor total arrecadado alcance a meta estabelecida, esse servidor com baixo desempenho será agraciado com o pagamento individualizado da bonificação de desempenho, restando por caracterizada uma vantagem remuneratória de cunho funcional, uma vez que dissociada de qualquer condicionante relativa à produtividade do servidor, possuindo nítido caráter geral.

Já quanto ao fundado receio de risco de ineficácia da decisão de mérito a ser futuramente proferida, tem por preenchida quando se vislumbra a possibilidade de perigo de inviabilização do ressarcimento ao erário, uma vez confirmada a irregularidade.

Nesse sentido, vale destacar que diante do cenário atual da jurisprudência pátria, uma vez realizado o pagamento da “Bonificação por Desempenho” restaria praticamente irreversível a recomposição ao erário pelos eventuais prejuízos suportados em face do pagamento indevido, dado que a posição jurisprudencial consolidada em nossos tribunais sustenta a tese de que uma vez realizado pagamento de alguma vantagem a título de vencimento, ante o seu caráter alimentar e estando o servidor de boa-fé, isto é, ele não tenha dado azo ao erro de interpretação ou aplicação da norma legal por parte da Administração, não poderá ser o agente compelido a devolver tais importâncias.

Enfim, quanto à irreversibilidade da medida cautelar, requisito negativo para a sua concessão, pelos argumentos já expostos resta inexistente a sua verificação, de outro modo, o que se verifica é que a irreversibilidade milita contra o interesse público acaso prevaleça o entendimento pela não concessão da medida.

Outrossim, destaca-se que deferida a medida cautelar no sentido de determinar que o responsável se abstenha de realizar os pagamentos da produtividade não repercute como danoso aos agentes alcançados pela eficácia da decisão, pois verificado ao final do processo a legalidade do pagamento, o mesmo será realizado integralmente aos beneficiários, resultando da medida cautelar apenas a postergação do ato de pagamento.

Por outro lado, há de se destacar que a não concessão da medida cautelar implicará em efeitos nefastos ao erário se ao final do processo for considerado indevido o pagamento da produtividade, pois a decisão final não será capaz de tutelar o patrimônio público em sua inteireza, não alcançando o processo seu resultado útil, havendo graves riscos de prejuízos ao erário.

Assim, verifica-se que se encontram demonstrados os requisitos autorizadores da medida cautelar, nos termos em que exigido pelo artigo 124 da Lei Complementar n.º 621/2012 e artigo 306 do Regimento Interno dessa Corte de Contas.

Posto isso, pugna o **Ministério Público de Contas** seja CONHECIDA a presente denúncia e, uma vez presentes os requisitos autorizadores da medida cautelar, seja DEFERIDO o pedido de medida cautelar em caráter liminar, para que, com fundamento no art. 125 da Lei Complementar n.º 621/2012, seja determinada a suspensão dos pagamentos da “Bonificação por Desempenho”, instituída por meio da Lei Estadual n.º 10.824/2018, alertando-se a autoridade competente que o seu descumprimento, além da responsabilidade solidária pelos danos eventualmente ocorridos, poderá ensejar a aplicação de sanções por parte dessa Corte de Contas.

Pugna-se, ainda, seja determinada a retificação da autuação do feito para "denúncia", consoante artigo 94 da LC nº 621/12.

Por fim, com fulcro no inciso III do art. 41 da Lei n. 8.625/1993[1], bem como no parágrafo único do art. 53 da LC n. 621/2012[2], reserva-se o direito de manifestar-se oralmente em sessão de julgamento.

Vitória, 11 de março de 2019.

LUCIANO VIEIRA

Procurador-Geral

Ministério Público de Contas

[1] Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: [...] III - ter vista dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras e **intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato;**

[2] Art. 53. São partes no processo o responsável e o interessado, que poderão praticar os atos processuais diretamente ou por intermédio de procurador regularmente constituído. Parágrafo único. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas terá os mesmos poderes e ônus processuais do responsável e do interessado, **observadas, em todos os casos, as prerrogativas asseguradas em lei.**