



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR CONSELHEIRO DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – RELATOR RODRIGO COELHO DO CARMO

PROCESSO: 01295/2022-1 / 01121/2023-2

REQUERENTE: MUNICÍPIO DE ITAPEMIRIM/ES

ASSUNTO: TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO / ATA Nº 22/2023

O MUNICÍPIO DE ITAPEMIRIM/ES, pessoa jurídica de direito público interno, com sede à Praça Domingos José Martins, s/nº, Centro, Itapemirim/ES, CEP 29.330-000, neste ato representado por seu Prefeito Antônio Rocha Sales e seu Procurador-Geral Diego Guimarães Ribeiro, conforme normativas legais aplicadas à espécie, em resposta ao determinado nos autos em epígrafe e à Decisão Monocrática n. 01515/2023-2, vem, respeitosamente, perante esse Egrégio Tribunal de Contas e a presença deste Exmo. Conselheiro, se manifestar pela

**NÃO RATIFICAÇÃO DA ATA Nº 22/2023
E ANULAÇÃO DO TERMO
DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO**

pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

1. DA SÍNTESE DOS FATOS

A Ata nº 22/2023, que se pretende anular refere-se à audiência de mediação TAG (cumprimento da cláusula 2.1), realizada no dia 05/10/2023, no gabinete do Conselheiro Relator, **onde restou estabelecido o prazo de 05 (cinco) dias para ratificação do referido instrumento.**

Trata-se de procedimento inaugurado com o escopo de promover proposta de Termo de Ajustamento de Gestão – TAG, com fulcro no art. 10 da Instrução Normativa no 82/20221, visando a adequação e regularização de atos e procedimentos administrativos dos gestores Municipais e Estadual de Educação, diante dos dados, evidências, achados de auditoria e a das deliberações constantes dos processos TC 3330/20192 e 1405/20203.



Após a correlata tramitação de praxe, os gestores municipais de todos os municípios do Espírito Santo e o Governador do Estado, por meio de seu Secretário de Estado de Educação, foram notificados para manifestarem sua concordância em relação ao instrumento e, caso desejassem, apresentarem contrapropostas ao texto, conforme Manifestações Técnicas 1605/2022, 4896/2022 e 192/2023.

Posteriormente, foi promovida a oitiva por meio de audiência dos municípios que informaram dificuldades na implementação da cláusula 2.1 do TAG, bem como daqueles que não responderam ao ofício, com objetivo de **voluntária** e **consensualmente**, mediar soluções para as controvérsias trazidas aos autos e de maneira eficiente e efetiva buscar sanar os óbices e obter proposta conjunta entre os partícipes para eliminação da concorrência do Ensino Fundamental - Anos Iniciais entre as redes da Educação Básica Municipal e Estadual em cada município.

Na ocasião, restou identificada a seguinte controvérsia:

[...] a única escola que Município de Itapemirim iria assumir seria uma escola que se encontra numa comunidade quilombola de Graúna. Na sequência, o mediador, conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo, fez algumas propostas de mediação. Colocada a proposta em discussão, para fins de eliminação da concorrência dos anos iniciais, ficou estabelecido que o Município de Itapemirim assumirá, a partir de 2024, a EEEF Graúna, Ensino Fundamental 1 e Ensino Fundamental 2, englobando o prédio, o mobiliário e as matrículas, a exceção dos computadores da secretaria escolar. Para efeito de custeio da oferta dessas matrículas o município paralisará, também partir de 2024, as seguintes escolas: Caxeta, Piabanha do Norte, Pedra Branca, Brejo Grande do Sul, Afonsos, Portal de Paineiras, Barbados, Irmãos Kennedy, Retiro, Fazenda Velha e Santa Helena, redistribuindo as matrículas na rede municipal. Por fim, ficou registrado que em todas as matrículas a serem recebidas pelo Município, este irá receber, antecipadamente em relação ao que é recebido anualmente, os recursos do Fundeb correspondentes às matrículas. Antes de encerrar, estabelece-se um prazo de 5 (cinco) dias para ratificação da presente ata.

Como cediço, o Termo de Ajustamento de Gestão é um instrumento legal de compromisso público por meio do qual um Tribunal de Contas ajusta com os jurisdicionados novas práticas de gestão para corrigir eventuais irregularidades verificadas em processos administrativos.

Na espécie, o Município assinou um TAG como um dos Compromissários, juntamente com o Estado do Espírito Santo. Fizeram parte do instrumento de ajustamento, ainda, o presente Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, como comprometente, e o Ministério Público Estadual, como Interviente.

Os objetivos do referido TAG fora a eliminação da concorrência entre as redes da educação básica municipal e estadual; a otimização e o reordenamento das redes da educação municipal e estadual; a definição de critérios mínimos exigidos para a escolha do gestor escolar; e a criação de uma câmara regional de compensação para disponibilização de servidores entre as redes de educação básica, nos termos da cláusula primeira.



Acontece Excelência, que o município compromissário se encontra impossibilitado de cumprir as exigências do TAG, não tendo mais interesse no mesmo, como será demonstrado em tópicos próprios.

Com efeito, muito embora o município tenha aderido ao presente instrumento de compromisso consensual, em análise posterior realizada por diversos setores técnicos que compõem a Administração Pública Municipal, restaram evidenciados possíveis obstáculos ao cumprimento do Termo de Ajustamento de Gestão – TAG na forma que se apresenta.

Desta forma, considerando que o escopo primordial do instrumento de ajuste de gestão é essencialmente possibilitar a solução de conflitos de forma consensual como forma mais eficiente de garantir a consecução do interesse público, não há razão para a manutenção de termo – **voluntário e consensual** – que não fora objeto de análise prévia do setor jurídico da municipalidade e desprovido de consulta pública notadamente exigível por se tratar de questões que versam sobre o fechamento de escolas do campo.

Sob essas premissas, faz-se necessária a **NÃO RATIFICAÇÃO** da Ata nº 22/2023, referente à audiência de mediação TAG (cumprimento da cláusula 2.1), realizada no dia 05/10/2023, bem como a **ANULAÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO** firmado entre o TCEES e o município de Itapemirim/ES com objetivo fora a eliminação da concorrência entre as redes da educação básica municipal e estadual; a otimização e o reordenamento das redes da educação municipal e estadual; a definição de critérios mínimos exigidos para a escolha do gestor escolar; e a criação de uma câmara regional de compensação para disponibilização de servidores entre as redes de educação básica, nos termos da cláusula primeira.

2. DOS FUNDAMENTOS

É cediço que a finalidade instrumental do Controle Externo é manter uma gestão pública proba e eficiente, tornando-se, portanto, legítimo que a Administração Pública se utilize de instrumentos mais adequados para este fim, compatibilizando, via reflexa, os princípios do interesse público e da eficiência.

Trata-se da “*Administração Pública de Resultados*”, onde o ente não só pode, como deve buscar meios mais eficientes de resolução de conflitos, o que de fato também resulta em diminuição nos custos e proporciona maior eficiência na atuação estatal. Trata-se de uma orientação que “*deriva do dever jurídico relativo à efetividade, ou seja, da atenção satisfatória dos interesses públicos*”¹.

Por outro lado, não se pode olvidar que o objetivo do Termo de Ajustamento de Gestão – TAG é justamente a regularização voluntária de atos e/ou procedimentos considerados irregulares, valendo ressaltar que a decisão que celebrar o instrumento deve ser motivada,

¹ SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. **Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios**. Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, v. 29, n. 2, p. 109-135, fev. 2016.



demonstrando a contextualização dos fatos, fundamentos jurídicos, indicação das normas, jurisprudência e ou doutrina.

Pois bem, como já aceito no ordenamento jurídico, Termos de Ajustamentos de Gestão estão aptos a serem revistos e até mesmos anulados, e isso porque nenhum ato jurídico é imune a revisão, nem mesmo as sentenças judiciais.

Toda obrigação estabelecida para alcançar atos futuros, por vezes reiterados ou não, podem sofrer consequências das mutações próprias do tempo. A não observação de normas expressas, alterações na realidade fática ou do direito podem impactar um TAG devidamente formalizado, razão pela qual o mesmo pode ser revisto ou anulado.

In casu, muito embora seja louvável a decisão proferida pelo Exmo. Conselheiro Relator, amparada em estudos confeccionados pelo corpo técnico do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, a contextualização dos fatos, em especial perante o município de Itapemirim/ES, não permite a adesão e o cumprimento do instrumento na forma em que fora entabulado.

Isto porque a adesão do município de Itapemirim/ES ao instrumento no atual momento e na forma em que se apresenta vai de encontro ao interesse público e à diversas legislações federais.

A princípio porque ao assumir, a partir do ano de 2024, a Escola Estadual de Ensino Fundamental “Graúna”, englobando todos os encargos financeiros da referida instituição, o município incorrerá em aumentos de gastos, terá efetivo aumento de despesa, tendo em vista a obrigatoriedade na contratação de profissionais, alimentação escolar, materiais de consumo e permanente, além de toda estrutura necessária ao funcionamento de instituições de ensino.

Todavia, no atual momento o ente municipal se encontra impossibilitado de assumir responsabilidades financeiras, haja vista estar vigente o Decreto Municipal nº 19.555/2023, que dispõe sobre medidas de contingenciamento de despesas, limitação de empenho e dá outras providências, no qual se objetiva a implementação de ações emergenciais para contingenciamento das finanças públicas e cumprimento das metas fiscais estabelecidas para o presente exercício, uma vez verificado o efetivo déficit, quando comparadas a receita estimada e a efetivamente arrecadada, buscando, assim, a reestruturação do Município, readequando às Legislações vigentes e respeitando o limite de gastos permitidos.

Atualmente, o município de Itapemirim/ES se encontra com os gastos de pessoal acima do limite prudencial (56,47%), **estabelecido no Painel de Controle deste próprio Tribunal de Contas**, em consonância com a Lei de Responsabilidade Fiscal, onde resta estabelecido que as despesas com pessoal no Poder Executivo não podem ultrapassar 54% da Receita Corrente Líquida – RCL.

Como cediço, o valor aplicado pela Administração Pública na despesa com pessoal tem certos limites. De acordo com a Constituição Federal a despesa com pessoal ativo e



inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. Neste sentido, a Lei nº 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) serviu como norma regulamentadora.

A LRF estabelece limites globais e limites específicos para os poderes e órgãos que compõem da Administração Pública. No caso dos Municípios, os limites globais máximos não poderão exceder a 60% da RCL, nos termos do art. 19, inciso III da LRF. É sempre de bom alvitre registrar que da referida porcentagem, 6% é atribuído ao Poder Legislativo (art. 20, inciso III, alínea “a”), enquanto 54% do percentual global é atribuído efetivamente ao poder executivo – art. 20, Inciso III, alínea “b”, todos da LRF.

Se a despesa total com pessoal exceder a 95% do limite (o que equivale a 51,30% tendo o limite dos 54%), considerado o limite prudencial, fica vedado ao Poder ou órgão, nos termos do art. 22, parágrafo único, incisos I a V da LRF:

- ⇒ concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão geral prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;
- ⇒ criação de cargo, emprego ou função;
- ⇒ alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;
- ⇒ provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;
- ⇒ contratação de hora extra, salvo no caso convocação extraordinária da Assembleia Legislativa e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias.

Como o Município de Itapemirim-ES excedeu os 51,30%, estando hoje com 56,47% da RCL, já se encontra vedado às concessões e criações previstas no dispositivo legal supra.

Note Excelência, que inobstante a vedação, com a assunção das escolas estaduais, a municipalidade teria quer criar novos postos de trabalhos, o que oneraria ainda mais os cofres públicos.

É importante trazer à baila, ainda, que como a despesa total com pessoal ultrapassou os 54% definido pela LRF, o percentual excedente deve ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço do excedente logo no quadrimestre subsequente ao da apuração, ante a inteligência do art. 23 da LRF. É na atual fase que se encontra o município de Itapemirim/ES.

Não bastasse, há que se levar em conta, ainda, os gastos com as manutenções prediais.



Ora, o Tribunal de Contas dentro do seu processo constitucional tem como objetivo promover a eficiência da gestão pública e evitar prejuízos ao erário, bem como dentro de um escopo consensual, buscar uma solução mais eficaz, a fim de acertar as contas e promover a eficiência da gestão, sem se olvidar do interesse público.

Outro ponto a ser observado, que, *data maxima venia*, macula o TAG, é a afronta a Lei Federal nº 9.394 de 1996 que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Explico.

Cabe aos Estados e Municípios definir a gestão democrática do ensino público na educação básica. Para essa gestão é fundamental a participação da comunidade. Com efeito, prevê o art. 14 da norma em referência:

Art. 14. Lei dos respectivos Estados e Municípios e do Distrito Federal definirá as normas da gestão democrática do ensino público na educação básica, de acordo com as suas peculiaridades e conforme os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 14.644, de 2023)

I - participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola;

II – participação das comunidades escolar e local em Conselhos Escolares e em Fóruns dos Conselhos Escolares ou equivalentes. (Destaquei)

É salutar registrar que as escolas que serão paralisadas – Caxeta, Piabanha do Norte, Pedra Branca, Brejo Grande do Sul, Afonsos, Portal de Paineiras, Barbados, Irmãos Kennedy, Retiro, Fazenda Velha e Santa Helena –, são escolas do campo, as quais demandam o preenchimento de vários requisitos prévios, segundo estabelece o art. 28, parágrafo único, da Lei Federal n. 9394/96, vejamos:

Art. 28. Na oferta de educação básica para a população rural, os sistemas de ensino promoverão as adaptações necessárias à sua adequação às peculiaridades da vida rural e de cada região, especialmente:

[...]

Parágrafo único. O fechamento de escolas do campo, indígenas e quilombolas será precedido de manifestação do órgão normativo do respectivo sistema de ensino, que considerará a justificativa apresentada pela Secretaria de Educação, a análise do diagnóstico do impacto da ação e a manifestação da comunidade escolar. (Incluído pela Lei nº 12.960, de 2014)

No caso em questão não fora realizada a análise do diagnóstico do impacto da ação e a manifestação da comunidade escolar, razão pela qual a adesão do instrumento nos presentes termos estaria violando notadamente a legislação de regência.

Este inclusive é o posicionamento do Secretário Municipal de Educação ao asseverar que “*CONSIDERANDO que, para tanto, se faz necessário cumprir as prerrogativas da Lei Federal nº 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, sobretudo ao que tange à manifestação da comunidade diretamente envolvida, para fazer constar a exigência de manifestação de órgão normativo do sistema de ensino para o fechamento de escolas do campo, indígenas e*



quilombolas, cabendo a esta municipalidade analisar criteriosamente a viabilidade das decisões a serem tomadas, CONSIDERANDO, inclusive, a manifestação da comunidade escolar diretamente envolvida e representadas por 539 famílias, tendo em vista também a aplicação das decisões nos exercícios seguintes;”.

No caso do TAG, para a paralisação das escolas municipais, mister se faz que a comunidade seja ouvida, o que não ocorreu.

É importante observar, ainda, que uma das escolas postas como condicionante a ser recebida é a Escola Quilombola de Graúna. Nesse caso, também deveria ter sido observado os ditames do supramencionado dispositivo legal da lei de diretrizes bases da educação que dispõe que “*o fechamento de escolas do campo, indígenas e quilombolas será precedido de manifestação do órgão normativo do respectivo sistema de ensino, que considerará a justificativa apresentada pela Secretaria de Educação, a análise do diagnóstico do impacto da ação e a manifestação da comunidade escolar*”.

Na espécie não houve manifestação do órgão normativo do respectivo sistema de ensino, nem análise do diagnóstico do impacto da ação, muito menos a manifestação da comunidade escolar.

Infere-se, pois, que o Termo Ajustamento de Gestão em apreço viola a legislação federal, vários princípios constitucionais e principalmente o interesse público relacionado à garantia constitucional do direito social a educação. Quanto ao tema é importante registrar os escólios de Luiz Antônio Santiago Corrêa *in* “**Tribunais de contas e termo de ajustamento de gestão o consensualismo no direito administrativo sancionador de contas**”:

A Administração Pública gerencial deve ser eficiente na gestão da coisa pública primeiro porque o centro da proteção constitucional é a pessoa humana (repersonalização do direito), segundo porque o cidadão é o titular da coisa pública e o gestor público é administrador de coisa alheia (indisponibilidade do interesse público).

[...]

Termo de Ajustamento de Gestão, Termo de Ajuste, Termo de Ajustamento de Conduta, são nomenclaturas que variam conforme o ente que os institui e utilizadas para nominar o mesmo instituto. No âmbito dos Tribunais de Contas, tendo em vista o objetivo institucional convencionou-se chamar de Termo de Ajuste de Gestão.

Tal instituto é um acordo de vontades, convergindo para uma finalidade recíproca e negocial voltada a reconhecer um desajuste de procedimento e compromisso em corrigir o que vem sendo feito de errado por uma parte (controlado) com vias a receber da outra (controlador) à não punição ordinária para o descumprimento que se pretende corrigir.

Podemos então dizer que o TAG é um instituto *bypass* que pode ser lançado pelos TC's em alternativa ao processo sancionador ordinário. Um instituto *by-pass* é um meio alternativo de solução de uma situação por meio de um instituto concorrente. Nos dizeres de Daniel Athias (2013, p.1) “*ao invés de tentar realizar uma reforma direta de determinada legislação ou instituição que possa ser considerada como ineficiente ou com incentivos não desejados, cria-se nova instituição; qual passa a competir com a aquela “não desejada” /menos eficiente.*”



Portanto, um instituto *bypass* tem por finalidade ser uma alternativa a outro, ordinário, que pode se apresentar a depender da situação como menos eficiente. O meio ordinário continua válido e possível de se utilizar, mas, a depender dos requisitos, o modelo *bypass* aparece como instituto alternativo numa busca de melhor resultado.

Por derradeiro, convém registrar que o Termo de Ajustamento de Gestão não atende todos os requisitos insertos no art. 1º, inciso XXXIX, da LC n. 621/12 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo), *in verbis*:

Art. 1º. Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, compete:

[...]

XXXIX - firmar, com os Poderes, órgãos ou entidades sujeitos à sua jurisdição, Termo de Ajustamento de Gestão - TAG mediante proposta de seu Presidente, Relatores ou Procurador Geral de Contas e aprovação do Tribunal Pleno, visando regularizar atos e procedimentos, nos termos da norma legal e da decisão do TCEES, devendo conter: (Inciso e alíneas a, b, c, e d incluídos pela LC nº 835/2016 – DOE 8.11.2016)

- a) a identificação precisa da obrigação determinada e do Poder, órgão ou entidade responsável pelo seu cumprimento;
- b) a fixação de prazo, de até 24 (vinte e quatro) meses, para o cumprimento da obrigação e comprovação junto ao Tribunal de Contas;
- c) a expressa adesão, de todos os signatários, ao TAG;
- d) as sanções cabíveis no caso de descumprimento do TAG.

3. DOS PEDIDOS

Ex positis, restrito aos aspectos jurídicos *sub examine* e postos tais fundamentos de direito e de fato, o município de Itapemirim/ES se manifesta pela **NÃO RATIFICAÇÃO** da Ata nº 22/2023, referente à audiência de mediação TAG (cumprimento da cláusula 2.1), realizada no dia 05/10/2023, no gabinete do Conselheiro Relator Rodrigo Coelho do Carmo e, via reflexa, requer a **ANULAÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO**.

Subsidiariamente requer a suspensão incontinenti do Termo de Ajustamento de Gestão em epígrafe até que a municipalidade promova todas as adequações legais necessárias à implementação do referido instrumento.

Itapemirim/ES, 23 de outubro de 2023.

ANTÔNIO ROCHA SALES
Prefeito de Itapemirim/ES

DIEGO GUIMARÃES RIBEIRO
Procurador-Geral
Matrícula nº 211867-01