Voto do Relator 00686/2025-1

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 01994/2024-1
Classificação: Pedido de Revisão
Setor: GAC - Luiz Carlos Ciciliotti - Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha
Criação: 10/02/2025 16:09
UG: PMG - Prefeitura Municipal de Guarapari
Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha
Interessado: EDSON FIGUEIREDO MAGALHAES, ORLY GOMES DA SILVA, ELIZABETH VERONICA PICCIAFUOCO RIBEIRO, AFONSO RODRIGUES PEREIRA FILHO, AURELICE VIEIRA SOUZA, JOSE AUGUSTO FERREIRA DE CARVALHO, ENIS SOARES DE CARVALHO, JACINTA MERIGUETE COSTA, TEREZA MARIA CHAMOUN MERIZIO, LILIAN MARA DOS SANTOS STEIN, ALESSANDRA SANTOS ALBANI, CLAUDIA MARTINS DA SILVA, MILENA MOREIRA FERRARI, THEREZA CHRISTINA HASSEN SANTOS DE BARROS, MUNICIPIO DE GUARAPARI, INSTITUTO DE PREVIDENCIA DOS SERVIDORES DO MUNICIPIO DE GUARAPARI / ES - IPG, GUARAPARI CAMARA MUNICIPAL, JEDSON MARCHESI MAIOLI, MANFREDO GAEDE JUNIOR, OSMAR TEIXEIRA MORAIS, MARIA MADALENA RIBEIRO DE SOUZA GOTTARDO, ANDRESSA MARIA GOTTARDO, MARCIA GOTTARDO, DANIELLI SOUZA GOTTARDO GAEDE
Requerente: MARLENO MEDEIROS OLIVEIRA
Procuradores: WILLIAN DA MATTA BERGAMINI (OAB: 11459-ES), HELIO DEIVID AMORIM MALDONADO (OAB: 15728-ES)

PEDIDO DE REVISÃO – NEGAR PROVIMENTO - MANTER INCÓLUME OS TERMOS DO ACÓRDÃO TC 01512/2020-4 – 1ª CÂMARA – DAR CIÊNCIA – APENSAR - ARQUIVAR.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO RELATOR LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

1. RELATÓRIO:

Tratam os autos de **PEDIDO DE REVISÃO**, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, interposto pelo **Instituto de Previdência dos Servidores do Município de Guarapari/ES**. – IPG, representado pelo senhor **Marleno Medeiros Oliveira**, Diretor Presidente, em face do **Acórdão nº 01512/2020-4 – 1ª Câmara**, prolatado nos autos do Processo TC nº 5214/2014-3 (Tomada de Contas Especial Convertida), resultando nos Acórdãos 1410/2022-9 e 1411/2022-3 - 1ª Câmara (Processos TC nº 5831/2020-8 e 5832/2020-2 - Embargos de Declaração).

Assinado por
LUIZ CARLOS CICILIOTTI
DA CUNHA
10/02/2025 17:29

O Requerente busca a reavaliação das decisões mencionadas, especificamente no que se refere ao Adicional Por Tempo de Serviço (ATS) Proporcional, tanto para os segurados vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) do município quanto para os servidores ativos de Guarapari.

Por meio do Despacho 11941/2024-5 (evento 10) foi realizada análise preliminar em que foi constatado que a petição em questão atende aos requisitos necessários para o processamento do feito[1], de modo que os autos foram encaminhados à área técnica para manifestação, sendo produzida, assim, a Instrução Técnica de Pedido de Revisão 10/2024-2 (evento 12), pugnando pelo NÃO CONHECIMENTO, ponderando que o peticionante não explicita qual a violação literal de lei e nem quais seriam os documentos novos supervenientes; expõe, ainda, que os argumentos já foram utilizados nos recursos de Agravo Processos TC 3325/2019 e TC 12517/2019.

O Ministério Público de Contas, por meio do Parecer 2038/2024-1 (evento 16), da lavra do Procurador Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, anuiu aos termos da ITPR 10/2024-2.

Na sequência, por meio do **Voto do Relator 02635/2024-2** (evento 17), divergindo de tais posicionamentos me manifestei no sentido de conhecer o presente Pedido de Revisão, com o encaminhamento dos autos à SEGEX para os impulsos necessários junto ao Núcleo de Controle Externo competente para análise de mérito recursal, sendo acompanhado pelo colegiado, conforme **Decisão 01932/2024-5 – Plenário**

---

[1] Art. 421. Da decisão definitiva em processo de prestação ou tomada de contas, caberá pedido de revisão, de natureza jurídica similar à da ação rescisória.
§ 1º O pedido de revisão de competência do Plenário poderá ser apresentado dentro do prazo de dois anos, contados do trânsito em julgado.
§ 2º Para fins do disposto no parágrafo anterior a Secretaria Geral das Sessões expedirá certidão de trânsito em julgado da decisão, instante em que ocorrerá para as partes a preclusão de todos os recursos.
§ 3º O pedido de revisão poderá ser apresentado, uma só vez e por escrito:
I - pelo responsável, interessado ou por seus sucessores;
II - pelo Ministério Público junto ao Tribunal.
§ 4º O pedido de revisão fundar-se-á em:
I - erro de cálculo nas contas;
II - evidente violação literal de lei;
III - falsidade ou insuficiência da prova produzida na qual se tenha fundamentado o acórdão recorrido;
[...]

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

(evento 19).

Posteriormente, por meio da **Instrução Técnica de Pedido de Revisão 00014/2024-1** (evento 22) o corpo técnico opinou pelo NÃO PROVIMENTO do pedido de revisão apresentado por Marleno Medeiros Oliveira, na condição de Diretor-Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores do Município de Guarapari (IPG), mantendo-se incólume o Acórdão TC 1512/2020 –1ª Câmara, proferido nos autos do Processo TC 5214/2014 (Tomada de Contas Especial Convertida).

O Ministério Público de Contas por meio do Parecer 04767/2024-9 (evento 25) anuiu à proposta contida na ITPR 00014/2024-1.

É o relatório.

V O T O

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

2.1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Cabe informar que o Acórdão atacado, assim decidiu, *litteris*:

> [...]
>
> **1. ACÓRDÃO TC-1512/2020 – 1ª CÂMARA**
>
> VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão da **Primeira Câmara**, ante as razões expostas pelo Relator, em:
>
> **1.1. Rejeitar parcialmente** as razões de justificativas e **julgar irregulares** as contas de:
>
> **1.1.1. Orly Gomes da Silva – Prefeito Municipal, de 06/03/2013 a 31/12/2016**, em razão do cometimento de infração que causou danos injustificado ao erário disposta nos **itens 2.3 e 2.4, desta Instrução Técnica Conclusiva**, condenando-o, **a multa de R$ 500,00 (quinhentos reais) e R$ 500,00 (quinhentos reais), respectivamente a cada uma irregularidade**, com fulcro no artigo 84, inciso III, alíneas "c", "d" e "e" da Lei Complementar 621/2012, ao **ressarcimento de R$ 8.191,90 equivalente a 2.503,1779 VRTE's ao erário municipal.**
>
> **1.1.2. Jacinta Meriguete Costa** – Secretária de Administração e Recursos
>
> Humanos, a partir de 02/01/2017, em razão da prática de ato ilegal, apontada **nos itens 2.5, 2.8 e 2.9** condenando-o, **a multa de R$ 500,00 (quinhentos reais), R$**

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

1.000,00 (Hum mil reais) e R$ 500,00 (quinhentos reais), respectivamente a cada uma irregularidade desta Instrução Técnica Conclusiva.

1.1.3 Tereza Maria Chamoun Merizio – Secretária de Administração e Recursos Humanos – 07/03/2013 a 02/01/2017, em razão da prática de ato ilegal, apontada **no item 2.5** condenando-a **a multa de R$ 500,00 (quinhentos reais)** desta Instrução Técnica Conclusiva.

1.1.4 Thereza Christina Hassen Santos de Barros – Secretária de Meio Ambiente e Agricultura, de 16/10/2017 em diante, em razão da prática de ato ilegal, apontada **no item 2.8** condenando-a, com **multa de R$ 1.000,00 (hum mil reais)** desta Instrução Técnica Conclusiva.

1.1.5 Claudia Martins da Silva – Secretária de Postura e Trânsito, de 16/10/2017 em diante, em razão da prática de ato ilegal, apontada **nos itens 2.8 e 2.10** desta Instrução Técnica Conclusiva, condenando-a, com fulcro no artigo 84, inciso III, alíneas "c", "d" e "e" da Lei Complementar 621/2012, a **multa de R$ 1000,00** (hum mil reais) **e R$ 500,00** (quinhentos reais) respectivamente, bem como, **ressarcimento de R$ 11.447,23 equivalente a 3.497,90 VRTE's ao erário municipal**.

1.1.6 Milena Moreira Ferrari – Secretária de Análise e Aprovação de Projetos, de 13/01/2017 em diante, em razão da prática de ato ilegal, apontada **nos itens 2.8, condenando-a a multa de R$ 1000,00 (hum mil reais)** desta Instrução Técnica Conclusiva.

1.1.7 Alessandra Santos Albani – Secretária de Saúde, de 12/04/2017 em diante, em razão da prática de ato ilegal, apontada **no item 2.8, condenando-a a multa de R$ 1000,00 (hum mil reais)** desta Instrução Técnica Conclusiva.

1.1.8 Edson Figueiredo Magalhaes – Prefeito Municipal, 01/01/2017 em diante, em razão da prática de ato ilegal, apontada **no item 2.9 condenando-o a multa de R$ 500,00 (quinhentos reais)** desta Instrução Técnica Conclusiva.

1.2. Acolher as justificativas e afastar as irregularidades em relação ao **Senhores Antonico Gottardo, Manfredo Gaede Junior; Lilian Mara dos Santos Stein, José Augusto Ferreira de Carvalho, Osmar Teixeira Moraes e Jedson Marchesi Maioli**.

1.3. Determinar a IMEDIATA suspensão dos pagamentos de ATS proporcional iniciados em 2008 e 2009, precedido de contraditório, no âmbito do Poder Executivo, do Poder Legislativo, do Instituto de Previdência dos Servidores e das Autarquias Municipais, **com exceção daqueles** agasalhados por decisão judicial.

1.4. Determinar ao executivo do município, para que em 90 dias, possa providenciar a **correção do sistema quanto às verbas 315 (quinquênio esta/comiss), 317 (assiduidade esta/comiss) e 348 (Plantão Fiscal), para que passem a compor os rendimentos sujeitos ao abate teto**.

1.5. Ciência aos interessados do teor da presente decisão.

1.6. Arquivar, após trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 27/11/2020 - 46ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara.

[...]

Inconformado, o Sr. Marleno Medeiros Oliveira, Diretor-Presidente do Instituto de

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

Previdência dos Servidores do Município de Guarapari - IPG, interpôs o presente recurso, conforme Petição Inicial 00477/2024-7 (evento 02), requerendo, em síntese, o seguinte, *litteris*:

> [...]
>
> Isto posto solicita-se:
>
> a) REVISÃO DO PLENARIO DESSE EGRÉGIO TRIBUNAL das decisões do processo TC 05214/2014-3 (originário), repristinado no Acórdão TCE 01512/2020-4 - 1ª Câmara; e seguintes (Acórdãos 1410/2022 e 1411/2022, da 1ª Câmara, prolatados respectivamente, nos autos dos Processos TC 5831/2020 e 5832/2020 no que tange aos segurados deste RPPS e aos servidores ativos do Município) versando sobre a vantagem: Adicional Por Tempo de Serviço – ATS Proporcional para os segurados deste RPPS e ainda dos servidores ativos do Município;
>
> b) Pedido Cautelar de atribuição de Efeito Suspensivo dos Acórdãos 1410/2022 e 1411/2022, da 1ª Câmara, prolatados respectivamente, nos autos dos Processos TC 5831/2020 e 5832/2020 no que tange aos segurados deste RPPS e aos servidores ativos do Município até o julgamento do pedido de revisão, evitando assim, o prejuízo individual dos servidores afetados, bem como a geração de futuros passivos para esta Autarquia e Municipalidade.

Ato contínuo, por meio do **Voto 02635/2024-2** divergi dos posicionamentos da Área Técnica e do Ministério Público de Contas exarados, respectivamente, na Instrução Técnica de Pedido de Revisão 10/2024-2 e no Parecer 2038/2024-1, no que fui acompanhado pelo Colegiado do Plenário, conforme a Decisão 01932/2024-5 – Plenário, nos seguintes termos:

> [...]
>
> A Instrução Técnica de Pedido de Revisão, em síntese, pondera que o peticionante não explicita qual a violação literal de lei e nem quais seriam os documentos novos supervenientes; expõe, ainda, que os argumentos já

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

foram utilizados nos recursos de Agravo Processos TC 3325/2019 e TC 12517/2019.

Passo a tecer minhas discordâncias.

Quanto ao Agravo Processo TC 3325/2019, ele não teve o mérito analisado em razão da intempestividade. Já em relação ao Agravo Processo TC 12517/2019, foi dado provimento a ele. Dessa forma, não considero que tais processos possam influenciar para o não conhecimento do presente Pedido de Revisão.

Já em relação a não exposição de "evidente violação literal à lei", ao ler a petição apresentada constata-se uma fundamentação baseada em uma série de possíveis violações. **Não está se falando aqui que elas ocorreram, mas sim que o responsável argumenta que elas estão presentes.**

Para fins de admissibilidade basta que haja argumentação de que a lei foi violada, até porque a efetiva violação seria o próprio mérito do pedido de revisão.

Quanto ao pedido de efeito suspensivo, o Regimento Interno do TCEES é claro ao mencionar que o Pedido de Revisão não possui tal efeito de forma automática, conforme §10 do art. 421, sendo necessária, assim, uma tutela provisória de urgência, baseada nos requisitos do art. 300 do Código de Processo Civil - CPC, quais sejam, o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

No caso concreto entendo que não há o preenchimento dos requisitos em questão, até mesmo pela impossibilidade de devolução dos pagamentos realizados aos servidores/aposentados de boa-fé, razão pela qual não atribuo efeito suspensivo ao presente pedido.

Assim, divirjo da área técnica e Ministério Público de Contas **para conhecer o presente Pedido de Revisão, mas sem atribuir-lhe efeito suspensivo**. – g.n.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

Ultrapassada esta fase, passo a análise do mérito:

2.2. DO MÉRITO RECURSAL:

Insurge o Recorrente contra a determinação de suspensão dos pagamentos de Adicional de Tempo de Serviço (ATS) Proporcional iniciados em 2008 e 2009, referente ao item 1.3 do Acórdão TC 1512/2020, que determinou a imediata suspensão dos pagamentos de ATS proporcional iniciados em 2008 e 2009, precedido de contraditório, no âmbito do Poder Executivo, do Poder Legislativo, do Instituto de Previdência dos Servidores e das Autarquias Municipais, com exceção daqueles agasalhados por decisão judicial.

Da análise dos autos, verifico que o corpo técnico se manifestou por meio da **Instrução Técnica de Pedido de Revisão 00014/2024-1**, a qual foi anuída pelo Ministério Público de Contas, conforme Parecer nº 04767/2024-9, no seguinte sentido:

> [...]
>
> **2. MÉRITO**
>
> No tocante ao mérito do pedido de revisão, o Sr. *Marleno Medeiros Oliveira* alega, em suma, a ocorrência de evidente violação literal de lei e a superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida, de acordo com os seguintes termos:
>
>> [...]
>>
>> O pedido de revisão se refere as decisões oriundas do processo TC05214/2014-3, que foram convertidas em tomada de contas especial.
>>
>> Na ocasião, destacamos o inciso II e IV, do Art. 171, retro reproduzidos, eis que se enquadram nas questões de ordem positivadas na Lei Nº. 1278/1991(art. 150, §§), redação original e na Lei Nº. 1635/1997 (Art. 5º), lei acessória, inclusive com reconhecimento judicial e sem qualquer ação direta de inconstitucionalidade, em tramitação, inclusive ressalate-se a Lei Nº. 1635/1997, foi editada antes da reforma administrativa capitulada pelas Emendas Nº. 019 e 020/1998.
>>
>> No tocante ao inciso IV, do Art. 171, se encaixa justamente pelos registros ocorridos e que vêm ocorrendo junto a essa Corte de Contas que iremos demonstrar ao longo desta peça recursal.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

[...]

Nos termos dos Acórdãos 01410/2022 e 01411/2022, da 1ª Câmara, TCEES, restou determinada a suspensão dos pagamentos de ATS proporcional iniciados em 2008 e 2009, no âmbito do Poder Executivo, do Poder Legislativo e das Autarquias, com exceção daqueles agasalhados por decisão judicial, prolatados nos autos dos Processos TC 5831/2020 e 5832/2020, após julgamentos de Embargos de Declaração interpostos pelo Município de Guarapari que *in verbis*:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – CONHECERPARCIALMENTE – OMISSÃO - DAR PROVIMENTOPARCIAL– CIÊNCIA – REMETER – ARQUIVAR.
>
> **Caberá ao órgão municipal a revisão dos benefícios concedidos após 2008, a fim de retirar do cálculo do benefício a vantagem pessoal maculada**, de inconstitucionalidade, não se podendo falar em decadência do direito de revisão do ato administrativo inconstitucional, independentemente se a publicação do registro do ato de aposentadoria ocorreu há mais de 5 anos com base nos precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.
>
> Após a retificação do cálculo - mediante a decisão administrativa gerada a partir de procedimento amparado por contraditório e ampla defesa -, **deve o município remeter o processo administrativo contendo o cálculo e a decisão da autoridade responsável para análise de regularidade e anotações necessárias pelo TCE-ES**.
>
> Cabe ao servidor demonstrar que não lhe era possível constatar que o pagamento recebido era indevido. **Se não demonstrar objetivamente – com base em fatos ou documentos - o servidor aposentado deve devolver os valores indevidamente recebidos da administração". (negritou-se e sublinhou-se)**.

O Eminente Relator em seu voto nos Acórdãos 01410/2022 e 01411/2022, de idêntico teor, acerca do tema chegou ao seguinte posicionamento:

> Pelo exposto, acompanhando o posicionamento técnico acerca do tema, **entende-se que caberá ao órgão municipal a revisão dos benefícios concedidos APÓS 2008, (que foram substanciados pelo Processo Administrativo 11.528/2008)** a fim de retirar do cálculo do benefício a vantagem pessoal maculada de inconstitucionalidade, não se podendo falar em decadência do direito de revisão do ato administrativo inconstitucional, independentemente se a publicação do registro do ato de aposentadoria ocorreu há mais de 5 anos com base nos precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Ao analisar o processo administrativo 11.528/2008, cópia anexa, mencionado nos referidos Acórdãos, constata-se que a concessão proporcional do Adicional por Tempo de Serviço - ATS, ocorreu em dezembro de 2008 pela administração municipal, como passo a reproduzir:

DA COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA DO ENTE FEDERADO

Por força da Autonomia Constitucional, o Município se organiza através da sua Lei Orgânica Municipal – **LOM** e também das Leis Municipais, sendo que a edição de sua Constituição Local caracteriza um dos aspectos de maior relevância da Autonomia Municipal que estabelece a capacidade de ter o seu próprio Governo, com eleição direta do Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, sem sofrer interferência dos Governos Federal ou Estadual, a não ser, no

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

caso de intervenção, tudo normatizado pela Constituição Federal, tendo a Constituição Estadual como coadjuvante em seu art. 30 e seguintes, O QUE NÃO É O CASO.

No caso, sub exame, para o correto processamento do presente instrumento, reside primordialmente na figura do Chefe do Poder Executivo Municipal, Alcaide, eleito para cumprir as normas ditadas pela Constituição Federal e as disciplinas estabelecidas pela Lei Orgânica do Município – LOM e de mais normas que regem a Estrutura Administrativa do Município, que conceitua a competência legal privativa do Município quanto à organização do quadro funcional administrativo e o regime jurídico dos Servidores Públicos Municipais, consoante estabelecido pelos artigos 22, X, 58, I, II e 88, XI, todos da Lei Orgânica do Município - **LOM**:

> **"Art. 22 – Compete ao Município, privativamente dentre outras, as seguintes atribuições":**
>
> **"X – organizar o quadro e estabelecer o regime jurídico único dos servidores públicos"**;
>
> **"Art. 58 – <u>São de iniciativa privativa do Prefeito</u>**, as Leis que dispõem sobre:
>
> I – organização administrativa do Poder Executivo, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e **<u>pessoal da administração</u>**;
>
> II – o **<u>regime jurídico único dos servidores</u>**, criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, **<u>ou aumento de sua remuneração, vantagens</u>**, estabilidade e aposentadoria;"
>
> "**Art. 88 – Compete privativamente ao Prefeito**:
>
> ...
>
> **IX – prover os cargos públicos, e expedir os demais atos referentes à situação funcional dos servidores"**.

Tomadas às normas Constitucionais citadas, não permite qualquer dúvida que o Chefe do Poder Executivo, portanto, o Gestor do Município é o Prefeito Municipal, cabendo pessoalmente a ele à responsabilidade de administrar os serviços públicos oferecidos aos Munícipes e **ordenar todas as fases das carreiras dos Servidores, incluindo os vencimentos, adicionais de tempo de serviço, férias, punições e as normas de concessão de gratificações** e, finalmente, conceder-lhes inatividade.

Diante das razões acima expendidas, inexiste qualquer senão quanto a legitimidade do Gestor Municipal de arcar com a responsabilidade jurídica de responder pelo ato praticado em desfavor dos Servidores de Guarapari (aposentados e pensionistas e dos ativos, fazendo retornar o seu direito líquido e certo de ser mantida a fórmula de cálculo utilizada por força do art. 150, §3º, do Estatuto dos Funcionários Públicos de Guarapari (Lei nº 1.278/91), ainda vigente desde fevereiro de 1997.

O fundamento maior para a prova inconteste de que o Gestor Municipal é o responsável pelo Ato Administrativo que reconheceu a concessão direito líquido e certo do (a) Servidor (a) está contida na Decisão **<u>Administrativa proferida no Processo Administrativo nº. 11.528/2008</u>**, que fez referência a manifestação jurídica da lavra da Douta Procuradoria Geral, as fls. 22/229, defere a concessão proporcional do Adicional por Tempo de Serviço "**ATS**", ainda que proporcional, conforme prelecionado no Estatuto do Servidores do Município de Guarapari, eis que na ocasião, a assinante pertencia ao quadro de ativos, atualmente, no quadro de inativos.

[...]

DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº. 11.528/2008

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

[...]

Na apuração do período funcional do (s) Servidor (es), há registros de várias transformações de sua situação funcional, por força de Leis Municipais, dentre uma das transformações a aquisição do direito ao percentual do Adicional de Tempo de Serviço – **ATS**, **em fevereiro de 1997**, somente incluído em sua remuneração a partir do mês de **dezembro de 2008**, devidamente autorizado pelo Prefeito Municipal por decisão no Processo Administrativo nº 11.528/2008.

Note-se que, os valores apresentados constam do "Relatório – Adicional de Tempo de Serviço Proporcional – **PLANILHA ELABORADA PELO RECURSOS HUMANOS**, juntado ao processo administrativo nº. 11.528/2008, assinadas por agentes públicos diferentes do ora JUSTIFICANTE. O que afasta de vez a indicação da má-fé. Tais levantamentos foram deixados na unidade responsável pela gestão de pessoal ainda durante a gestão dos idealizadores do então projeto de Lei e agora Lei Municipal nº. 1635/1997.

Em tese, até então, por mais que se leia e releia os autos do processo acima reproduzidos, nota-se que jamais e em hipótese alguma, ainda que remota, tem a participação do anuente.

Nos longos anos de exercício de cargo efetivo, adquiriu várias vantagens estatutárias, dentre elas o Adicional de Tempo de Serviço **ATS**, por força das normas ditadas pelo Estatuto dos Funcionários Públicos de Guarapari (Lei nº1.278/91), tendo sido o valor apurado pelo percentual adquirido e incorporado ao seu vencimento básico, conforme estabelecia o art. 150, § 3º, do mesmo diploma legal que assim disciplinava:

> **"Art. 150 – A gratificação adicional por tempo de serviço será concedida ao Funcionário, por quinquênio de efetivo exercício em serviço prestado exclusivamente à administração municipal".**
>
> **"§ 3º - Os valores das gratificações adicionais INCORPORAR-SE-ÃO AOS VENCIMENTOS para todos os efeitos e serão pagos juntamente com a remuneração".**

Salutar destacar que, a incorporação constante do texto de lei é no sentido dos vencimentos e não da remuneração.

Sobre o tema, há de ser esclarecido que alguns Servidores do Município fizeram impetrar Mandado de Segurança perante o Juiz de Direito da Fazenda Pública Estadual Municipal da Comarca de Guarapari, em desfavor do Prefeito Municipal de Guarapari, à época, objetivando que fossem respeitados os seus direitos ao Adicional por Tempo de Serviço – **ATS PROPORCIONAL**, adquiridos desde fevereiro de 1997 e que ainda não tinham sido incorporados aos seus Vencimentos Básicos, servindo como fórmula para o cálculo de outras vantagens pessoais do **JUSTIFICANTE** e de outros Servidores na mesma condição.

A Impetração da época mereceu extenso arrazoado do ilustre Representante do Ministério Público no sentido de que os direitos dos Impetrantes eram cristalinamente, líquidos e certos, por força da Lei Municipal que regulamentava a matéria, finalizando por opinar, peremptoriamente, pelo deferimento da Impetração, diga-se, **INCONTESTAVELMENTE, TINHA COMO OBJETO O ATS – PROPORCIONAL**.

Tomado pela manifestação do ***Parquet***, demais peças insertas nos autos da Impetração, inclusive as Relações com os nomes dos Servidores com direito ao Adicional por Tempo de Serviço – **ATS**, e por seu convencimento pessoal, o Juízo proferiu a R. Sentença, deferindo a Impetração, determinando que a

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

Autoridade Coatora, no caso, o Prefeito Municipal, incluísse a gratificação referente ao Adicional por Tempo de Serviço – **ATS - PROPORCIONAL**, incorporando-a aos vencimentos base, conforme informações prestadas pelo Departamento de Recursos Humanos do Município de Guarapari (relações juntadas aos autos), cujos documentos estão todos insertos no processo nº. 11.528/2008, de conhecimento e posse da Administração Municipal.

Evidente que o Chefe do Executivo Municipal, naquela oportunidade, considerada como autoridade coatora, não poderia deixar de cumprir a determinação judicial, sob pena de, desatendendo, violar a Ordem Judicial, consubstanciada em Sentença, fato que não poderia nem cogitar, visto que estaria ferindo preceito constitucional, disciplinado no ordenamento penal.

É de visão cristalina, inclusive com declaração do próprio Órgão de Pessoal da Administração Municipal que o (s) Servidores (es), em questão, tiveram incorporados ao seu vencimento básico o percentual correspondente ao Adicional de Tempo de Serviço – **ATS, no mês de fevereiro de 1997**, portanto, anteriormente à promulgação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, **período não abrangido pela proibição constitucional de utilização da fórmula adotada antes do período de sua vigência**.

Inconteste que a concessão dos percentuais aplicados ao (s) Servidor (es) foram calculados no período anterior à promulgação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, portanto, mediante ato completamente inserido no limite legal para a sua edição, sem que possa ser considerado eivado de nulidade e pior, qualquer presunção de má-fé.

Por esse fundamento, o cálculo de qualquer vantagem ulterior concedida ao Servidor(a), sob análise, pelo Órgão de Pessoal, Procuradoria Geral com ato homologatório do Chefe do Executivo Municipal da época, foi produzido dentro da legalidade e não pode merecer qualquer reparo, principalmente subtração financeira, sob pena de ser ferido direito líquido e certo do(a) Servidor(a), haja vista que o valor de sua remuneração está inserido em seu patrimônio, não podendo sofrer diminuição ou acanhamento em respeito à **Irredutibilidade de Vencimento** regulada pelo art. 37, XV, da Constituição Cidadã.

DO EQUIVOCO

O equívoco do **TCE/ES**, com todo respeito, quando apontaram como efeito cascata os pagamentos referentes à incorporação do valor da gratificação do Adicional Por Tempo de Serviço – **ATS** ao vencimento básico do (s) Servidor (es) é encontrado, exatamente, na análise específica que fizeram através da Folha de Pagamento, assim mesmo, por amostragem, sem fazer uma investigação minuciosa das datas das concessões dessas gratificações, sem mesmo fazer um estudo comparativo entre os seus registros funcionais e os lançamentos na Folha de Pagamento.

Nessa esteira de raciocínio, tem-se a acrescentar que o equívoco se mostra evidente quando não são comparados os **registros funcionais** do(s) Servidor(es) que teve o direito ao Adicional por Tempo de Serviço – **ATS** proporcional no mês de **fevereiro de 1997**, consoante disciplinava dispositivo legal inserto no art. 150, do Estatuto dos Funcionários Públicos de Guarapari (Lei Complementar nº1.278, de 10 de abril de 1991), cujos valores fizeram a composição da fórmula de cálculo produzida como Adicional incorporado, com os registros levados à **Folha de Pagamento** a partir do mês de **dezembro de 2008**.

DO DIREITO

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

A gratificação do Adicional por Tempo de Serviço – **ATS** do(s) Servidor(es) justificante foi concedida nos moldes da legislação municipal vigente e compatível com o art. 150, inserto no Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Guarapari que regia a incorporação da referida gratificação ao vencimento básico dos Servidores, estabelecendo a fórmula para as vantagens ulteriores de fundamentos diversos, portanto, o ato da Administração Municipal teve amparo legal, possui eficácia e está amparado constitucionalmente pelo **Princípio do Ato Jurídico Perfeito e da Segurança Jurídica** que devem ser observados.

O que foi reformulado por entendimento diverso, da Corte de Contas.

Ressalta-se que a alegada ilegalidade da fórmula utilizada para as concessões somente iria ocorrer se o ato concessório ou o direito do (s) Servidor (es)estivesse sido atingido pela proibição contida na Emenda Constitucional nº 19, de04 de junho de 1998 que modificou o inciso XIV, do art. 37, da Lei Magna do País, vedando a composição da formula de cálculo para concessão de quaisquer vantagens, acumulando o vencimento com o Adicional por Tempo de Serviço.

Para preservação plena do direito e do **Princípio da Estabilidade Jurídica**, há de ser plenamente ressaltado: se a concessão do direito do (s) Servidor (es) foi em data anterior à promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, o ato concessório do benefício estatutário está respaldado pelo princípio constitucional do **Ato Jurídico Perfeito**, imune a qualquer ato modificativo, principalmente em razão do princípio constitucional da **Irredutibilidade de Vencimento** de preservação jurisprudencial consolidada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal –STF, conforme se verifica nas jurisprudências, ora transcritas:

> ***"AGTE.(S): SINDICATO DOS TRABALHADORES DO JUDICIÁRIO FEDERAL NO RIO GRANDE DO SUL – SINTRAJUFE - ADV.(A/S): FELIPE NERI DRESCH DA SILVEIRA - AGDO.(A/S: UNIÃO - PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO – EMENTA – Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Servidor público federal. Direito adquirido a regime jurídico. Inexistência. Repercussão geral reconhecida (RE nº 563.965/RN-RG). Reafirmação da jurisprudência. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. O Supremo Tribunal Federal, no exame do RE nº 563.965/RN, com repercussão geral reconhecida, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, reafirmou a jurisprudência de que não há direito adquirido a regime jurídico ou a fórmula de composição da remuneração dos servidores públicos, desde que assegurada a irredutibilidade de vencimentos. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279 do STF. 3. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 2% (art. 1.021, § 4º, do CPC). 4. Majoração da verba honorária em valor equivalente a 10% (dez por cento) do total daquela já fixada (art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC), observada a eventual concessão do benefício da gratuidade da justiça. Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, com imposição de multa de 2% (dois por cento) do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC), nos termos do voto do Relator. Segunda Turma, Sessão Virtual de 10.11.2017 a 16.11.2017". (grifamos).***
>
> ***"AGTE.(S): ANA MARIA DE ALMEIDA FRANCISCO - ADV.(A/S): JULIANA MARA PORFIRIO GOMES - AGDO.(A/S): ESTADO DE MINAS GERAIS - PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO. REMUNERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. 1. Acórdão em consonância com o***

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

> ***entendimento consolidado no julgamento do RE563.708-RG (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tema 24), acerca da inconstitucionalidade da adoção da remuneração como base de cálculo para os acréscimos pecuniários de servidores públicos, e do RE 563.965-RG (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tema 41), no qual foi sedimentado que não há direito adquirido a regime jurídico, sempre respeitado o princípio da irredutibilidade de vencimentos. 2. Agravo interno a que se nega provimento. Decisão - A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator. Primeira Turma, Sessão Virtual de 18 a 24.8.2017". (grifamos).***
>
> ***"GTE.(S): ROSE MARI ALCARDE - ADV.(A/S): ELIEZER PEREIRA MARTINS - AGDO.(A/S): ESTADO DE SÃO PAULO - PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. PRECEDENTES. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 563.965-RG, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, reafirmou a jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, assegurada a irredutibilidade de vencimentos. 2. Dissentir da conclusão do Tribunal de origem no sentido de que não houve decesso remuneratório demandaria o reexame dos fatos e do material probatório constante dos autos. Incidência da Súmula 279/STF. Precedentes. 3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF). 4. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno com aplicação de multa, nos termos do voto do Relator. Primeira Turma, Sessão Virtual de 11 a 18.8.2017". (grifamos).***

Tais fundamentos são jurídicos e devem ser reconhecidos pelo Órgão de Controle de Contas como forma de eximir a responsabilidade de qualquer um dos responsabilizados neste procedimento. O que não se confunde com a concordância do fundamento jurídico do Tribunal.

Invocando, ainda, o **Princípio da Irrevogabilidade da Lei** tem-se que, se o direito ou a concessão do benefício foi efetivado antes da Emenda Constitucional nº 19 (dezenove), que proibiu de ser incorporada a gratificação ao vencimento para concessão de vantagens ulteriores, o direito do(s) servidor(es) ou o ato concessório se coaduna perfeitamente no limite legal, portanto, inteiramente legítimo, não cabendo a Administração Pública proceder ao seu cancelamento ou qualquer tipo de modificação, posto que qualquer ato revogatório desatenderia aos princípios constitucionais do **Ato Jurídico Perfeito e a da Irredutibilidade de Vencimentos**, respectivamente, previstos no art. 5º, XXXVI e Art. 37, XV, ambos da Carta Política do Brasil.

Nesta quadra de raciocínio há de ser acrescentado, quanto à competência para receber os efeitos da positividade, por ter modificado a formula de cálculo concedido legalmente ao JUSTIFICANTE é do Chefe do Poder Executivo Municipal, autoridade apontada como coatora que tem igualdade de competência daquele que praticou o ato originário da concessão, no caso, quem tem a gestão do Município de Guarapari, não o Órgão que o fiscaliza. Esse é o entendimento do renomado jurista **Miguel Reale**, que ensina:

> "***só quem pratica o ato, ou quem tenha poderes, implícitos ou explícitos, para dele conhecer de ofício ou por via de recurso, tem competência legal para revogá-lo por motivo de oportunidade ou conveniência, competência essa intransferível, a não ser por força de lei, e insuscetível de ser contrasteada em seu exercício por outra autoridade administrativa***".

Nesse particular, a autoridade com competência para revogação do ato praticado por pretéritos Prefeitos, no caso, sub judice, legalmente eficaz, é o atual mandatário do Executivo Local, autoridade coatora, que, por obrigação constitucional, deverá atender aos preceitos ditados pelo **instituto da Decadência Quinquenal**, que pode ser arguido depois de transpassado o prazo temporal de cinco anos da edição do ato administrativo praticado dentro da legalidade, consoante aos ditames da Lei nº 9.784/1999, que, em seu artigo 54, dispõe sobre a decadência do direito da Administração Pública anular seus próprios atos, ***in verbis***:

> **"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".**
>
> **"§1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento".**
>
> **"§2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato"**. (grifamos).

O Instituto usado pelas regras jurídicas para que seja protegida a estabilidade das relações entre os Administrados e o Poder Público em geral, dele decorrendo efeitos favoráveis a qualquer Cidadão, nesse elenco inclui-se o(s) Servidor(es) Público(s), dada a sua posição de hipossuficiência, estando a esse Instituto submetido à Administração Pública no que se refere à **decadência do direito** de anular seus próprios atos, por força e atenção à **segurança jurídica** entre essas relações, conforme exige o Estado Democrático de Direito, afinal estamos sob a égide de uma Constituição Cidadã.

Não se pode deixar de assinalar que entre a prática do ato legalmente constituído e a decorrência do prazo decadencial, o direito do administrado está alcançado pela proteção da **Segurança Jurídica** e pelo **Princípio da Confiança** na consolidação dos atos legalmente praticados, de modo que a situação de fato, se apresenta plenamente incorporada à vida do(s) Servidor(es), portanto ao seu patrimônio formado ao longo de sua vida funcional.

Consoante transcrito alhures, o art. 54 da referida Lei nº 9.784/1999, prescreve que o direito da Administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus Administrados, decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo aqueles de comprovada má-fé e, em seu §1º prescreve que no caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento, prescrevendo, ainda, em seu §2º que é considerado como o exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Não se pode deixar de assinalar que entre a prática do ato legalmente constituído e a decorrência do prazo **decadencial**, o direito do administrado está alcançado pela proteção da **Segurança Jurídica** e pelo **Princípio da Confiança** na consolidação dos atos legalmente praticados, de modo que a situação de fato, se apresenta plenamente incorporada à vida do(s) Servidor(es), portanto ao seu patrimônio formado ao longo de sua vida funcional.

Encontra-se na doutrina do Direito Administrativo alguns ensinamentos importantes concebidos na sabedoria e no conhecimento jurídico de alguns renomados tratadistas, como é o caso do emérito professor **Cáio Mário da**

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

Silva Pereira, em sua obra de 2011 que sobre tema, nos ensina:

> "**a decadência é a forma de extinção do direito em razão do vínculo jurídico, que se consuma especificamente no perecimento do direito potestativo, devido ao seu não exercício em um prazo predeterminado, cuja contagem inicia-se no instante em que o agente adquire o direito e não necessita que haja uma prévia violação para o seu exercício, como ocorre na prescrição**".

No mesmo diapasão, emerge outro ilustre jurisconsulto, **Professor Francisco Amaral**, que expõe:

> **"a decadência se opera na inércia do titular de um direito potestativo, disponível ou indisponível, dentro do prazo previsto em lei ou convencionado pelas partes. Ocorre, então, a perda do direito potestativo, que conferia ao seu detentor o poder de influir ou determinar mudanças na esfera jurídica de outrem, por ato unilateral, sem que houvesse um dever correspondente, apenas uma sujeição".**

No mesmo sentido a renomada jurista **Maria Helena Diniz** afirma:

> **"decadência impede que o direito, até então existente em potência, passe a existir em ato, extinguindo-o antes que se exteriorize ou adquira existência objetiva"**.

Exaustivamente sobre o tema temos as considerações de que o referido **direito de anulação do ato administrativo decai no prazo de cinco anos**, contados da data em que esse ato foi praticado e que durante esse lustro, o administrado permanece submetido à eventual revisão ou anulação do ato administrativo que o beneficia, visto que a sua relação com a Administração ainda não está totalmente estabilizada nem imune a alterações.

Acontece que, encerrado o prazo **decadencial**, como no caso presente, o(s) Servidor(es) passou a ter as suas relações, com a Administração Pública, completamente consolidadas e, albergadas, pelo manto da **Segurança Jurídica**, por se tratar do limite que é imposto pelo princípio da autotutela administrativa em favor da estabilidade das relações jurídicas, assegurada a todos aqueles que estão sob a custódia da Administração e da previsibilidade do comportamento do Gestor Público.

Na vastidão do tema, nos ensina o emérito professor **Jorge Amaury Maia Nunes**, no seu livro Segurança Jurídica e Súmula Vinculante, Série, IDP– edição2010, Editora Saraiva- São Paulo, quando leciona:

> ***"É claro que a regra geral cede perante peculiaridades do caso concreto. É possível que o ato da administração pública tenha gerado direitos que ingressaram na esfera patrimonial do administrado. Nessas circunstâncias, a instauração do processo administrativo com todos os requisitos da Lei 9.784/99 pode não ser capaz de assegurar a pretendida anulação. É que, às vezes, o tempo decorrido foi suficiente para permitir a consolidação do direito no patrimônio do administrado, sem que esse tivesse agido de má-fé. Em hipóteses desse jaez, o princípio da legalidade estrita cede passo ao princípio da segurança jurídica". (grifamos).***

A consolidação do direito prescricional e decadencial, materializou-se em 15/12/2012, ainda com entendimentos diversos há que se considerar o princípio da coisa julgada.

[...]

DA REDAÇÃO PRIMITIVA DA LEI MUNICIPAL Nº 1278/991 (redação Primitiva) E DA REDAÇÃO ATUAL COM ADVENTO DA LEI MUNICIPAL Nº. 1635/1997 (Redação Acessória)

A matéria de pessoal é lição comezinha do direito administrativo e

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

constitucional, estritamente de competência privativa do Poder Executivo, conforme leciona a Lei Orgânica Municipal e Constituição Estadual ambas sob diretriz da Carta Magna.

Sem muitas delongas, para melhor ilustrar, o antes e depois, frente a Lei Municipal Nº. 1278/1991 (Art. 150 e §§ - redação primitiva), esta que, por sua vez, recepcionou alterações advindas da Lei Municipal nº. 1635/997 (redação acessória), senão vejamos:

REDAÇÃO PRIMITIVA LEI Nº. 1278/1991	REDAÇÃO ATUAL LEI Nº 1278/1991, COMADVENTO DA LEI Nº. 1635/1997
~~Art. 150 – A gratificação adicional de tempo de serviço será concedida ao funcionário, por qüinqüênio de efetivo exercício em serviço prestado exclusivamente à administração municipal.~~	Art. 150 – O adicional por tempo de serviço será concedido ao servidor efetivo, a cada 05 (cinco) anos de efetivo exercício prestado exclusivamente ao Município de Guarapari, no percentual de 5% (cinco por cento), limitado a 35% (trinta e cinco por cento) e calculado sobre o valor do respectivo vencimento básico de seu cargo efetivo.
~~§ 1º - A gratificação será calculada sobre o vencimento do cargo efetivo, nas seguintes bases:~~ ~~I - 5% (cinco por cento) até o terceiro qüinqüênio;~~ ~~II - 10 % (dez por cento), a partir do quarto qüinqüênio.~~	§ 1º - No caso de acumulação legal de cargos, a gratificação adicional será paga por cargo, computando-se o tempo de serviço, isoladamente, de cada um deles.
~~§ 2º - No caso de acumulação legal de cargos, a gratificação adicional será paga por cargo, computando- se o tempo de serviço, isoladamente de cada um deles.~~	§ 2º - O servidor efetivo com10 (dez), 15(quinze) e 20 (vinte) anos de efetivo exercício terão direito a passar de níveis superiores de15, 18 e 20 do Plano de Carreira, ficando estabelecido que, em caso de modificação da lei, a alteração será PROPORCIONAL.
~~§ 3º - Os valores das gratificações adicionais incorporar-se-ão aos vencimentos para todos os efeitos e serão pagos juntamente com a remuneração.~~	§ 3º - **Fica garantido ao servidor** que já percebe o adicional por tempo de serviço em **percentual superior ao fixado neste artigo, a concessão PROPORCIONAL da vantagem** computando-se o tempo transcorrido da última concessão **até a data da publicação desta Lei**.
§ 4º - Seis (06) meses após completar 20 (vinte) e 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício o funcionário terá incorporado aos seus vencimentos base 75% (setenta e cinco por cento) e 100% (cem por cento) de acréscimo.	§ 4º - Não indicado com a expressão "REVOGADO".
§ 5º - Os funcionários com 10 (dez), 15 (quinze) e 20 (vinte) anos de efetivo exercício terão obrigatoriamente níveis superiores a 15 18 e 20 do Plano de Carreira **ficando desde já estabelecido que, em caso de modificação da lei, a alteração será proporcional**.	§ 5º - Não indicado com a expressão "REVOGADO".

SEÇÃO VII
DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO

Notadamente, o título da secção VII "**DO ADICIONAL DE TEMPO DE SERVIÇO**" da Lei Municipal Nº. 1278, de 10, de abril de 1990 surge com o *caput* (Art. 150) desdobrado em 5 (cinco) parágrafos, contemplando 3 (três) vantagens distintas que passa-se a demonstrar extraído do texto de lei:

1º - **Adicional de Tempo de Serviço "quinquênio"** (Art. 150, §1º);

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

2º - **Adicional de Tempo de Serviço "vintenário"** (Art. 150, §4º);

3º - **Progressão de nível** (Art. 150, 5º);

Esclarece-se:

FUNDAMENTAÇÃO LEI Nº. 1278/91	DENOMINAÇÃO DA VANTAGEM	PERÍODO CONCESSÃO	PERCENTUAL
Art. 150, §1º	Quinquênio	Quinquenal	• 5% até 3º quinquênio; • 10% a partir do 4º quinquênio.
Art. 150, §4º	**"ATS"**	"**Vintenário**" 20 a. e 6 m. 25 a. e 6 m	75% 100%
Art. 150, § 5º	Progressão de nível	10 anos 15 anos 18 anos	nível 15 nível 18 nível 20

A demonstração fica evidente que trata-se de adicionais de tempo de serviço ("**quinquenio**" e "**ATS**") com período e percentuais distintos de aferição e concessão, sendo evidenciado um pelo PERÍODO QUINQUENAL e o outro pelo PERÍODO VINTENÁRIO.

Justamente o que aconteceu com o advento da Lei Nº. 1635/1997.

Evidentemente que a técnica legislativa não é a mais adequada, principalmente, se confrontarmos com a redação do Art. 12, III, alínea "**c**" da Lei Complementar Nº.095/1998, redação aplicada a época da edição da Lei Nº. 1635/1997, ***verbis***:

> Art. 12. A alteração da lei será feita:
>
> III - nos demais casos, por meio de substituição, no próprio texto, do dispositivo alterado, ou acréscimo de dispositivo novo, observadas as seguintes regras:
>
> c) é vedado o aproveitamento do número de dispositivo revogado, devendo a **lei alterada manter essa indicação, seguida da expressão "revogado"**; destaquei.

Visto que, o art. 150, nasce com o ***caput*** e 5 (cinco) parágrafos. Ao editar a Lei N°.1635/1997 altera o ***caput*** e os 3 (três) primeiros parágrafos, deixando de mencionar os §§ 4 e 5º, do Art. 150, da Lei 1278/1991, fazendo emergir o entendimento de estaria em vigor, a luz do Lei Complementar 095/1998. O que poderia ser ainda mais gravoso e dispendioso para Município, caso prospere tal entendimento, visto que, restando cristalino que a redação da lei acessória encontra-se deficitária e não atende aos preceitos da técnica legislativa, da oportunidade.

A Lei Municipal Nº. 1635/1997 (redação acessória), não trouxe indicação "**REVOGADO**" nos §§ 4º e 5º do Art. 150 (redação primitiva). O que, em tese, confere o entendimento de que estaria em vigor. Talvez, este não seria o espírito de lei, eis que, garante a proporcionalidade devidamente demonstrada no texto de Lei e em sua justificativa para realização de sessão extraordinária que antecede a edição da Lei Nº. 1635/1995.

Caso seja este o entendimento estaríamos resgatando a vigência do §§4º e 5º da Lei Nº. 1278/1991, ou seja, as vantagens de pessoal deixariam de ser proporcionais para merecer entendimento da integralidade. O que, seria mais dispendioso para o Município de Guarapari.

Mas, o espírito da lei e a vontade do legislador restou evidenciada na

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

mensagem e justificativas para positivação da norma, de forma expressa.

Não restando dúvida que Chefe do Poder Executivo, autor da Lei, materializou sua vontade e, por óbvio, de forma expressa **CONTEMPLOU NO TEXTO DE LEI A PROPORCIONALIDADE DA MENCIONADA VANTAGEM**. Não cabendo ao zeloso e diligente Auditor dar entendimento diverso do Autor da Lei Nº. 1635/1997, sob pena de temeridade transformar-se em leviandade e imprudência por parte do Agente Auditor dessa Corte de Contas.

A Técnica Legislativa é nitidamente frágil quando o Autor da Lei Nº. 1635/1997 (redação acessória), no seu Art. 6º, dá nova redação ao Art. 151 de Lei 1278/91, com destaque para o §2º. Em seguida, no Art. 7º é expressamente revogado que acabara de dar nova redação. A vigência da norma só é válida enquanto da sua leitura.

A **boa-fé se presume e a má-fé tem que ser comprovada e, respeitosamente, inexiste o mínimo indício de constatação de atuação de má-fé ou fraudulenta do JUSTIFICANTE ou de qualquer outro indicado como responsável pelo imaginário dano ao erário**. Eis que, o próprio exemplo evidenciado pelo Auditor encontra-se registrado com atendimento aos ensinamentos da Lei, ou seja, Essa Corte de Contas reconhece a mencionada vantagem de pessoal e registra sob o comando da Lei.

A interpretação e aplicação jurídica das leis não é atividade do(s) servidor(es) mediando(a), ora justificante, mas sim, do órgão encarregado pelo norteamento administrativo e jurídico da Municipalidade, a qual tem por fim subsidiar juridicamente o Chefe do Poder Executivo em sua tomada de decisão. Contudo, ainda cabe ao Gestor a decisão discricionária, em suas ações. O que afasta de vez, o justificante.

Importante destacar que, o autor da Lei nº 1635/1997, ou seja, o Chefe do Poder Executivo, é manifesta e ASSEGURA A PROPORCIONALIDADE da vantagem (ATS) combatida, perseguida e guerreada nessa Corte de Contas, por onde Auditores tentam dar conotação diversa do Autor da positivação legal. Estranho, mas fato.

Importa destacar, novamente, que INDEPENDENTE DA MANIFESTAÇÃO DO JUSTIFICANTE, o Exmo. Sr. Prefeito poderia decidir por realizar o pagamento do Adicional por Tempo de Serviço Proporcional ou não, preferindo aguardar o desfecho definitivo do processo judicial indicado, escolhendo pela sua discricionariedade a forma de apreciar o requerimento dos servidores.

Conclui que não há nexo causal entre a manifestação do(a) JUSTIFICANTE e o pagamento da gratificação indicada nos autos dada a sua completa ausência de força vinculante do ato; bem como, a inexistência de parecer que orientasse/recomendasse o pagamento de qualquer verba remuneratório, a participação operou-se em informar a situação funcional dos servidores com mesma identidade de pedir, com informações basilares e respetivas projeções sob o comando interpretativo dos superiores hierárquicos e do órgão de norteamento jurídico do Município.

Ademais, consta informação prestada nos autos do caderno administrativo nº 11.528/2008 certificando a relação de **servidores que já eram contemplados, inclusive com a mesma forma de cálculo, do Adicional por Tempo de Serviço**, desde a edição da Lei nº 1.278/1991, sendo assegurada a proporcionalidade do mencionado adicional por tempo de serviço, como se extrai da Mensagem nº 01/97, que justifica seu pedido de

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

sessão extraordinária.

DO ADICIONAL DE TEMPO DE SERVIÇO – ATS PROPORCIONAL

O Adicional de Tempo de Serviço – **ATS** integral tem para sua concessão a base legal esculpida no § 4º do artigo 150 da Lei Municipal nº 1.278/1991 (**redação primitiva**), que ***in verbis***:

> **Art. 150** – A gratificação adicional de tempo de serviço será concedida ao funcionário, pó quinquênio de efetivo exercício em serviço exclusivamente á administração municipal.
>
> (...)
>
> **§ 4.º** - Seis (06) meses após completar 20 (vinte) e 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício o funcionário **terá incorporado aos seus vencimentos base** 75% (setenta e cinco por cento) e100% (cem por cento) de acréscimo.

Nesta conjuntura, esclarecemos que o § 4.º do artigo 150 da Lei Municipal nº1.278/1991 (redação primitiva) autorizava a incorporação do **ATS** aos vencimentos, para posteriormente calcular o valor das demais vantagens estatuárias, como por exemplo, assiduidade, quinquênio e outras vantagens permanentes e incorporadas.

Faz-se importante elucidar, que este foi o entendimento da Administração Municipal com oitivas da Procuradoria Geral do Município – **PGM** à época da concessão da referida vantagem, deste modo, discriminamos abaixo o referido entendimento:

- Vencimento Base (**+**) ATS "§ 4º do Art. 150 da Lei Municipal nº 1.278/1991(redação primitiva)" (**=**) Base de cálculo para efeitos das vantagens pessoais do servidor.

Ressaltamos também, que a vantagem estatutária ATS "**teoricamente**" foi suprimida da Lei Municipal nº 1.278/1991, após a promulgação da Lei Municipal nº 1.635 de 18 de fevereiro de 1997, a qual deu nova redação ao seu artigo 150.

Portanto, os servidores que percebem esta vantagem ingressaram em cargo público junto ao município antes da vigência da Lei Municipal nº 1.635/1997, assim, **esta nova redação cessou novas concessões**, ou seja, somente os servidores ingressos anteriores a mencionada lei é que fazem jus a aludida gratificação.

É latente que a administração 1997/2000 extirpou do mundo jurídico nos primeiros meses de gestão a mencionada vantagem funcional cognominada de Adicional por Tempo de Serviço (**ATS**), conferida pela redação primitiva da Lei nº1.278/1991 (Art. 150, §4º), de acréscimo, em percentual de:

1) 75% (setenta e cinco por cento) ao servidor que completasse 20 anos e 6 meses;

2) 100% (cem por cento) ao servidor que completasse 25 anos e 6 meses.

De entendimento simples, o requisito é no sentido de acrescer ao vencimento base.

O texto de Lei é nítido, revelava-se como um plus que era adicionado ao vencimento para efeitos legais. Pelo menos era o que dizia o Art, 150, §4º da Lei nº 1278/1991 (redação primitiva), antes da redação do Art. 5º da Lei nº 1635/1997(Lei com redação acessória), diz o seguinte:

> **Art. 5º** - O Art. 150 da Lei nº 1.278, de 10 de abril de1.991, passa a ter a seguinte redação:
>
> **Art. 150** – O adicional por tempo de serviço será concedido ao servidor efetivo,

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

> a cada 05 (cinco) anos de efetivo exercício prestado exclusivamente ao Município de Guarapari, no percentual de 5% (cinco por cento), limitado a 35% (trinta e cinco por cento) e calculado sobre o valor do respectivo vencimento básico de seu cargo efetivo.
>
> **§ 1º** - No caso de acumulação legal de cargos, a gratificação adicional será paga por cargo, computando-se o tempo de serviço, isoladamente, de cada um deles.
>
> **§ 2º** - O servidor efetivo com 10 (dez), 15 (quinze) e 20 (vinte) anos de efetivo exercício terão direito a passar de níveis superiores de 15, 18 e 20 do Plano de Carreira, ficando estabelecido que, em caso de modificação da lei, a alteração será proporcional.
>
> **§ 3º** - **Fica garantido ao servidor que já percebe o adicional por tempo de serviço em percentual superior ao fixado neste artigo**, a concessão proporcional da vantagem computando-se o tempo transcorrido da última concessão até a data da publicação desta Lei.

Quis o legislador, autor da matéria, diga-se de passagem, o Poder Executivo, assegurar a proporcionalidade da mencionada vantagem, como se extrai da redação da Lei nº 1.635/1997 que iremos ilustrar mais adiante.

O assunto não é novo no âmbito do Poder Executivo, desde a edição a edição da Lei nº 1.635/1997, já se conhecia a intenção do gestor da oportunidade. Daí, a existência de elementos (cálculos e projeções) nos arquivos do Departamento de Recursos Humanos. Contudo, o assunto só teve desfecho em 2008, com atuação do Sindicato do Trabalhadores nos autos do Processo Administrativo nº 11.528/2008.

DO DIREITO

Salienta-se também, que o inciso XIV do artigo 37 da Constituição Federal que proíbe a incidência em cascata de gratificações, recebeu a atual redação após a EC nº 19 de junho de 1998, pois antes da referida Emenda Constitucional, havia a possibilidade de incidência de uma gratificação sobre outra, desde que não tivessem por base o mesmo título ou o mesmo fundamento, pois, depois da EC. nº 19/1998 é que foi suprimida a referida ressalva, coibindo qualquer tipo de incidência em cascata de gratificações.

Destarte, é possível constatar que vantagem estatutária **ATS** foi adquirida pelos servidores estatutários antes da nova redação do inciso XIV, do artigo 37 da Constituição, visto que a referida vantagem foi extirpada do mundo jurídico no ano de 1997, ou seja, antes da entrada em vigor da EC. nº 19/1998.

Apesar disso, o Poder Executivo ao editar a Lei nº 1.635/1997, assegurou a proporcionalidade aos servidores públicos do Município de Guarapari.

O Art. 5º, da Lei nº 1635/1997 (acessória), diz o seguinte:

> **Art. 5º** - O Art. 150 da Lei nº 1278, de 10 de abril de 1991passaater a seguinte redação:
>
> **Art. 150** – O adicional por tempo de serviço será concedido ao servidor efetivo, a cada 05 (cinco) anos de efetivo exercício prestado exclusivamente ao Município de Guarapari, no percentual de 5% (cinco por cento), limitado a 35% (trinta e cinco por cento) e calculado sobre o valor do respectivo vencimento básico de seu cargo efetivo.
>
> **§ 1º** - No caso de acumulação legal de cargos, a gratificação adicional será paga por cargo, computando-se o tempo de serviço, isoladamente, de cada um deles.
>
> **§ 2º** - O servidor efetivo com 10 (dez), 15 (quinze) e 20(vinte) anos de efetivo exercício terão direito a passar de níveis superiores de 15, 18 e 20 do Plano de Carreira, ficando estabelecido que, em caso de modificação da lei, a

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

> alteração será proporcional.
>
> **§ 3º** - **Fica garantido ao servidor** que já percebe o adicional por tempo de serviço em percentual superior ao fixado neste artigo, a **concessão proporcional** da vantagem computando-se o tempo transcorrido da última concessão **até a data da publicação desta Lei**. (Destaquei)

A vontade do legislador consta da justificativa e do texto de lei.

O texto é rígido e a clareza da pretensão do legislador está definida, não se permitindo - com o devido respeito - nenhuma hermenêutica diferenciada, sob pena de a temeridade transformar-se em leviandade e imprudência, ocasionando riscos e consequências sérias para aqueles que incorrerem nas iras da Lei.

Em princípio – albergado na filosofia de que todos são prisioneiros da Lei - significa dizer que, qualquer ato que viola uma norma jurídica, é antijurídico, injusto ou ilícito.

A LEGALIDADE é um dos princípios constitucionais obrigatórios da Administração Pública!

DA LEI MUNICIPAL Nº 1.635/1997, de 18/02/1997
X
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/1998, de 04/06/1998

Saltam os olhos para as datas das edições dos dispositivos legais que norteiam a matéria, é evidente que a Lei Municipal nº 1.635/1997 foi editada muito antes da emenda constitucional nº 19/1998, onde é latente que o direito dos servidores foi garantido antes da reforma administrativa.

O zeloso servidor estadual retroagiu no tempo e no espaço, aplicando a literalidade da Constituição Federal da forma que se apresenta, ou seja, após 04/06/1998, sendo totalmente descabida e inaplicável. Contudo o mencionado auditor por excesso de zelo esqueceu ou no afã em combalir ainda mais a remuneração dos servidores públicos do Município de Guarapari que vira e mexe são surpreendidos com matéria de revisão vencimental com conotação aparentemente politiqueira com reflexos negativos para funcionalismo municipal.

Se não bastasse o entendimento dos políticos que assumem o Poder, a qual acreditam que tudo que foram feitos antes do seu mandato é errado. Todavia a cultura política é desnorteada e desarrazoada. Mas real, tanto é assim, que reiteradamente são advertidos por rumores desta gravidade.

E o pior, é que o próprio **TCE/ES**, órgão fiscalizador veicula a matéria em seu sitio eletrônico criando um terror emocional e psíquico aos servidores, pois vê refém de entendimentos maldosos e desrespeitosos a ordem e a segurança jurídica.

O grande problema é que, quando os devaneios políticos administrativos ecoam pelos órgãos fiscalizadores e encontram arrimo em certos agentes desprovidos de conhecimento fáticos.

Há que se entender que, o vício de inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da redação constitucional vigente à época de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à reforma superveniente, nem o legislador poderia infringir Constituição Futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com elas conflitantes.

Os fatos acima, conjugados com as aludidas legislações justificam a soma do **ATS** ao vencimento base para obter os valores das demais vantagens

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

estatutárias dos servidores.

TRIBUNAL DE CONTAS X TRIBUNAL DE CONTAS

Importante ressalvar que o **TCE/ES** através da 7ª Secretaria de Controle vinha reiteradamente opinando pelo registro dos atos aposentatórios dos servidores que possuem a atual forma de cálculo da vantagem **ATS**, registros estes que são resultantes de Decisão Plenária do **TCE/ES**, os quais foram previamente corroborados pela relatoria de atos de pessoal e Ministério Público de Contas, a exemplo da própria Senhora Derleyd Araújo Muniz.

Parece que no **TCE/ES** não existe entendimentos uníssonos, o que reflete frontalmente a princípio da **SEGURANÇA JURIDICA** ou melhor gerando **INSEGURANÇA JURIDICA** ao jurisdicionado.

O formato do cálculo aplicável, à época, vinha sendo registrado com aprovação do Pleno do Tribunal de Contas sem qualquer questionamento, justamente por entender que a lei municipal determina a incorporação aos vencimentos dos servidores e foi editada antes da Emenda Constitucional nº 019/1998.

O Auditor não teve o esmero e simplesmente aplica a redação atual sem a acuidade necessária que o assunto requer.

Ante ao exposto acima, extrai-se que o **TCE/ES** diverge entre si, e qualquer alteração em folha de pagamento é desigual, desleal, imoral e ilegal. Mas, foi praticado por determinação expressa.

Vale lembrar que, os servidores vinham contribuindo para o regime próprio de previdência (**IPG**) e para as cominações legais para o imposto de renda, o que merece destaque e observância dos órgãos e poderes públicos, antes de criar a indigestão administrativa.

Neste diapasão, é evidente uma distorção dos entendimentos mantidos pelo **TCE/ES**, pois como relatamos acima não há dúvidas no atual entrosamento pelas instâncias que realizam o controle dos atos de concessão de aposentação e pensão, bem como para com os servidores ativos.

DA DECADÊNCIA

Com a devida vênia, a RECOMENDAÇÃO do **TCE/ES**, formulada deveria ser julgada improcedência.

No caso em análise, na verdade busca-se um verdadeiro caças as bruxas em retirar dos servidores o que foi conquistado no cumprimento do dever legal, como se demonstrara.

Verifica-se que o expediente notificatório se fundamenta no o Art. 59 da Lei nº 9.784/1999. Contudo deixa de observar o Art. 54 do mesmo diploma legal.

Por sua vez, inicialmente é de se apontar a existência de decadência.

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, assim leciona:

> **"Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários <u>decai em cinco anos</u>, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.**
>
> **§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.**
>
> **§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato."**

Como se percebe da simples leitura de tal dispositivo, sobressai o

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

entendimento de a recomendação do diligente Auditor do **TCE/ES** não deve prosperar, visto que o formato do cálculo vem sendo aplicado a décadas e, no caso em comento, a matéria ganha força, visto já integrou ao patrimônio dos servidores e que qualquer alteração na forma remuneratória do servidores seria imprudente, desleal, desigual e ilegal, em nome da segurança jurídica.

E a situação é ainda mais gritante no caso concreto, pois não houve qualquer atitude do subscritor em relação ao suposto vício, visto que o autor não formulou qualquer interveniência na condução da forma de cálculo, o que evidencia inversão do ônus da prova.

A decadência é evidente, a luz do Art. 54, da Lei nº 9784/1999. Mesmo assim, essa Corte de Contas impõe entendimento na reformulação de cálculos do ATS.

ÔNUS E JUÍZOS PROBATÓRIOS

Por ser o(s) servidor(es) de carreira presumidamente inocentes, eis que, não participam e não participam do julgamento que orienta a forma de cálculo, como já dito, todos os processos administrativos de aposentadoria vêm sendo registrados pelo **TCE/ES**, duas conclusões são inescapáveis no âmbito probatório do processo administrativo. São elas:

1) o ônus da prova cabe a que acusa; e

2) a suposta dúvida milita a favor dos servidores e não sobre entendimento pessoal e tresloucados e, portanto, dissonantes entre a corte de contas e o Município de Guarapari.

Sobre o fardo probatório, é descabida aos servidores, eis que não confeccionam folha de pagamento recaindo, como óbvio, que o ônus da prova incumbe à “Administração Municipal” a quem tem o formalismo legal junto aos órgãos fiscalizadores.

DA SEGURANÇA JURÍDICA

O Princípio da Segurança Jurídica se encontra diretamente relacionado ao Estado Democrático de Direito, sendo uma das vigas mestras da manutenção da ordem jurídica.

Ao lado do princípio da Segurança Jurídica temos ainda dois institutos de igual importância, quais sejam; Preclusão e a Coisa Julgada, os quais servem para dar sustentáculo e amparo ao princípio maior.

Tendo em vista a apreciação em um caso concreto, onde o supracitado princípio com os dois institutos também analisados e simetricamente ligados foram desprezados como se não fossem revestidos de proteção constitucional e legal, é que vislumbrei a possibilidade de discorrer sobre o referido tema.

O julgador jamais deverá, por qualquer que seja a razão relegar princípios e normas constitucionais a um segundo plano, para julgar tomando por parâmetro normas de natureza inferior as contidas em nossa “Carta Magna”, isto segundo o sistema de hierarquia das normas jurídicas, pois a norma municipal assegura o direito antes da edição da Emenda Constitucional nº 19/1998.

Para JJ GOMES CANOTILHO O Estado democrático de direito conta com os princípios de “segurança jurídica” e de “proteção da confiança” como elementos constitutivos da própria noção de “Estado de Direito”. A partir desta constatação, o mestre português ensaia a conceituação do que ele denomina

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

"*princípio geral de segurança jurídica*", em seu sentido mais amplo, e que abrange também a ideia de "*Proteção da confiança*". Podendo ser assim anunciado:

> **"Os indivíduos têm o direito de poder contar com o fato de que aos seus atos ou às decisões públicas concernentes a seus direitos, posições ou relações jurídicas fundadas sobre normas jurídicas válidas e em vigor, se vinculem os efeitos previstos e assinados por estas mesmas normas."**

Complementa o mestre, a sua conceituação, sublinhando que o princípio de segurança jurídica exige "a confiabilidade, a clareza, a razoabilidade e a transparência dos atos do poder", para em seguida, revelar as importantes manifestações desse princípio:

> **"(1) Relativamente a actos normativos – proibição de normas retroactivas restritivas de direito ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a actos jurisdicionais – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a actos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através *de actos administrativos constitutivos de direitos*."**

Necessário se faz, para que não tenhamos a insegurança jurídica, o cuidado técnico na redação dos atos: tem-se que evitar a desordem dentro do sistema geral do ordenamento jurídico. A nova norma, não deve desorganizar o sistema, gerando contradições ou objeções insuperáveis de compatibilização e interpretação, levando o aplicador e o destinatário a perplexidades e conflitos graves e de difícil reparação.

Deste modo fica demonstrado que o ATS Proporcional foi reconhecido e concedido em dezembro de 2008 e não posterior.

Ademais, conforme consta na conclusão, de idêntico teor, dos referidos Acórdãos:

> "Por todo o exposto, conclui-se que cabe ao ente municipal o refazimento dos cálculos na forma indicada pelo **Acórdão 01512/2020-4 - 1ª Câmara quanto aos servidores ativos e inativos do órgão, na forma fundamentada neste voto** e a abertura do processo administrativo com respectivo contraditório e à ampla defesa no âmbito municipal.
>
> Após a retificação do cálculo - mediante a decisão administrativa gerada a partir de procedimento amparado por contraditório e ampla defesa -, **deve o município remeter o processo administrativo contendo o cálculo e a decisão da autoridade responsável para análise de regularidade e anotações necessárias pelo TCE-ES**.
>
> Por fim, destaca-se, de acordo com posicionamento sedimentado pelo STJ, nas palavras do corpo técnico desta Casa, que: "deve-se verificar se o servidor recebeu os valores movido por boa-fé objetiva. Assim, cabe ao servidor demonstrar que não lhe era possível constatar que o pagamento recebido era indevido. **Se não demonstrar objetivamente – com base em fatos ou documentos – o servidor aposentado deve devolver os valores indevidamente recebidos da administração**".

No julgamento final da matéria no TCEES, restou decidido que **há irregularidade na inclusão e manutenção da parcela ATS à fixação dos proventos, concedida com fundamento no artigo 150, § 4º da Lei Municipal nº 1278/1991**, revogado pela Lei Municipal nº 1635/1997, **APÓS 2008**, tratando-se de vantagem inconstitucional e ilegal por ensejar o efeito cascata.

Considerando que esse Tribunal de Contas vem analisando e registrando atos de aposentadoria com a vantagem ATS proporcional, mesmo após a publicação dos acórdãos supra citados.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

Entendemos ser necessários a Revisão do Plenário acerca do entendimento dos trechos dos Acórdãos 1410/2022 e 1411/2022, da 1ª Câmara, prolatados respectivamente, nos autos dos Processos TC 5831/2020 e 5832/2020 no que tange aos segurados deste RPPS e aos servidores ativos do Município:

> Em 2008, não havia algum servidor que recebia a vantagem pessoal revogada. De outra banda a regra do § 3º e clara ao definir que o texto legal não concede a vantagem revogada. Diversamente, o legislador apenas manteve as vantagens pessoais já concedidas antes da revogação do § 4º em1997.
>
> Na prática, o § 3º simplesmente garante segurança jurídica aqueles que tiveram o direito adquirido em tempo de vigência de outra regra legal, o que está em plena consonância com o art. 6º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, LINDB, Decreto Lei nº 4.657/1942, com redação dada pela Lei Federal nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010.

Neste sentido, de pronto, esclareça-se que a vantagem cognominada "**ATS**" - Adicional do Tempo de Serviço, teve como data de corte 17/02/1997, com o advento da Lei Municipal nº 1635/1997.

Neste passo, a mencionada vantagem vem sendo objeto de estudo para concessão aos servidores que integravam ao quadro de servidores ativos na data de corte 17/02/1997 e faziam jus a mencionada vantagem de forma proporcional.

Ocorre que, o reconhecimento administrativo operou-se em15/12/2008, por forçado procedimento administrativo nº 11.528/2008, já demonstrado nos autos, **INEXISTINDO ASSIM, CONCESSÃO POSTERIOR AOS SERVIDORES ADMITIDOS POSTERIOR A 18/02/1997**.

Desta forma, a Administração Municipal 2005/2008, após análise jurídica, por onde o Chefe do Poder Executivo determinou a inclusão da vantagem proporcional na folha de pagamento referente a dezembro/2008, ou seja, não há indícios de registros na concessão da mencionada vantagem aos servidores posterior a 2008.

Sendo informados, que todos os procedimentos de concessão de aposentadoria são precedidos do estudo de concessão de vantagens, e que nestes ficam demonstrados os períodos de concessão do ATS, com data de corte 17/02/1997, para melhor clareza, passo a reprodução do formulário de estudo da concessão de Adicional de Tempo de Serviço, aplicado pela municipalidade nos processos de concessão de aposentadoria:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

Produzido em fase anterior ao julgamento

ESTUDO PARA CONCESSÃO DE ADCIONAL DE TEMPO DE SERVIÇO

MATRICULA:	107450
NOME:	ANARILDA DA PENHA TURI MOTA
CARGO:	Agente de Serviço Operacional I - 30h
FUNÇÃO:	Aux. de Serviço Escolar (30 h)
VÍNCULO:	Estatutário
ADMISSÃO:	13/02/1989
EFETIVAÇÃO:	22/06/1990

ANO			TEMPO BRUTO	AFASTAMENTO DESCONTADOS	TEMPO LÍQUIDO	OBSERVAÇÃO
13/02/1989	a	31/12/1989	322	0	322	-
01/01/1990	a	31/12/1990	365	0	365	-
01/01/1991	a	31/12/1991	365	0	365	-
01/01/1992	a	31/12/1992	366	0	366	-
01/01/1993	a	31/12/1993	365	0	365	-
01/01/1994	a	31/12/1994	365	0	365	-
01/01/1995	a	31/12/1995	365	0	365	-
01/01/1996	a	31/12/1996	366	0	366	-
01/01/1997		17/02/1997	48	0	48	-
	TOTAL		2.927	0	2.927	-

Data de corte

Amparo Legal Art 150 § 3º 4º e 5º da lei Municipal redação preterita.

$$\frac{2.927 \times 75}{7480} = 29{,}34\%$$

O SEVIDOR TEM DIREITO AO SEGUINTE ADCIONAL DE TEMPO DE SERVIÇO 29,34% VINTE E NOVE INTEIROS E TRINTA E QUATRO CENTÉSIMOS por cento.

Guarapari/ES, 17 de setembro de 2019

Aldair Luiz Cardoso
Assistente Administrativo
Matricula 224251.6/1

Ingrid Barreto de Oliveira Nascimento
Gerente Setorial de Pessoal
Matricula 222330.9/6
Decreto nº 062/2017

Diante de todo exposto, surge insegurança jurídica para a tomada de decisões acerca dos procedimentos a serem adotados pela Administração Direta e Indireta do Município de Guarapari.

Ademais, suprimir o pagamento da vantagem causará decréscimo significativo na remuneração dos servidores ativos e aposentados.

Outrossim, visando subsidiar o pedido de revisão, citamos abaixo algumas decisões dessa Colenda Corte de Contas, que demonstram a legalidade e manutenção na concessão da verba estatutária em questão:

Decisão 00708/2024-4;
Decisão 00724/2024-3;
Decisão 03454/2023-5
Decisão 03186/2023-5;
Decisão 02883/2023-9;
Decisão 02730/2023-4;
Decisão 02486/2023-1;
Decisão 01739/2023-3;
Decisão 00844/2023-5
Decisão 00741/2023-9;
Decisão 00402/2023-1; e,
Decisão 00026/2023-5.

Isto posto solicita-se:

a) REVISÃO DO PLENARIO DESSE EGRÉGIO TRIBUNAL das decisões do processo TC 05214/2014-3 (originário), repristinado no Acórdão TCE 01512/2020-4 - 1ª Câmara; e seguintes (Acórdãos 1410/2022 e 1411/2022, da 1ª Câmara, prolatados respectivamente, nos autos dos Processos TC 5831/2020 e 5832/2020 no que tange aos segurados deste RPPS e aos servidores ativos do Município) versando sobre a vantagem: Adicional Por

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

> Tempo de Serviço – ATS Proporcional para os segurados deste RPPS e ainda dos servidores ativos do Município;
>
> [...]

Análise

Conforme se observa no instrumento do pedido de revisão, o autor se insurge contra a determinação de suspensão dos pagamentos de *Adicional de Tempo de Serviço (ATS) Proporcional* iniciados em 2008 e 2009, referente ao item 1.3 do Acórdão TC 1512/2020, solicitando a sua revisão. Vejamos, novamente, a redação do aludido item:

> [...]
>
> **1.3. Determinar a IMEDIATA** suspensão dos pagamentos de ATS proporcional iniciados em 2008 e 2009, precedido de contraditório, no âmbito do Poder Executivo, do Poder Legislativo, do Instituto de Previdência dos Servidores e das Autarquias Municipais, **com exceção daqueles** agasalhados por decisão judicial.
>
> [...]

Para tanto, alega a ocorrência de evidente violação literal de lei (art. 150 da Lei municipal 1.278/1991 e art. 5º da Lei municipal 1.635/1997) e a superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida (registros de ato de pessoal que vêm ocorrendo no TCEES).

Destaca que, segundo o Processo Administrativo 11.528/2008, a concessão do aludido *ATS Proporcional* se deu com fundamento no art. 150 do Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Guarapari, tendo ocorrido em dezembro de 2008, antes da Emenda Constitucional 19 que proibiu a incorporação de gratificação ao vencimento para concessão de vantagens ulteriores. Ou seja, mediante ato inserido no limite legal para a sua edição, sem que possa ser considerado eivado de nulidade e presunção de má-fé, amparado pelos princípios do ato jurídico perfeito, da segurança jurídica e da irredutibilidade de vencimento.

Aponta como equívoco do TCEES o fato de não ter havido comparação dos registros funcionais dos servidores com direito ao *ATS Proporcional* no mês de fevereiro de 1997 com os registros levados à folha de pagamento a partir do mês de dezembro de 2008.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

Alega a necessidade de observância do instituto da decadência quinquenal para o caso concreto, consoante os ditames da Lei 9.784/1999, em seu art. 54, dispondo sobre a decadência do direito de a Administração Pública anular seus próprios atos.

Aduz que o TCEES registrou os atos de aposentadoria de servidores municipais de Guarapari cuja planilha de cálculo continha a vantagem *ATS Proporcional*, com a anuência do Ministério Público de Contas, fato que reforça a tese de que a lei municipal que embasou a concessão da vantagem determina a sua incorporação aos vencimentos dos servidores e foi editada antes da Emenda Constitucional 19/1998, devendo ser observado o princípio da segurança jurídica.

Segue alegando que se aplica ao caso o instituto da decadência, nos termos do art. 54 da Lei 9.784/1999, haja vista que a forma de cálculo do benefício vem sendo aplicada há muito tempo pelo município de Guarapari, já tendo integrado o patrimônio dos servidores, de sorte que qualquer alteração na remuneração dos beneficiados traduz-se em medida imprudente, desleal, desigual e ilegal.

E arremata reforçando que a vantagem denominada *ATS Proporcional* teve o dia 17/02/1997 como data de corte, a partir do advento da Lei municipal 1.635/1997, com o reconhecimento administrativo consumado em 15/12/2008 no Procedimento Administrativo 11.528/2008. Assim, a referida vantagem vem sendo objeto de estudo para concessão aos servidores que integravam o quadro de pessoal na data 17/02/1997, inexistindo concessão aos servidores admitidos após 18/02/1997, de sorte que a Administração Municipal 2005/2008, após a devida análise jurídica, determinou a inclusão do *ATS Proporcional* na folha de pagamento referente a dezembro/2008, não havendo concessão da vantagem após 2008.

Partindo para a análise propriamente dita, vale destacar, inicialmente, que o pedido de revisão, tal qual a ação rescisória no Processo Civil, busca corrigir eventuais equívocos, só identificados posteriormente, que maculam o ato decisório e comprometem a lisura da prestação jurisdicional. Não se presta

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

a discutir a justiça da decisão proferida, nem a valoração ou interpretação, pelos julgadores, das provas dos autos. Trata-se da identificação de um possível engano, que contaminou todo o julgamento e, exatamente por isso, deve ser reparado, ainda que já tenha ocorrido o trânsito em julgado.

Logo, no pedido de revisão a questão conflituosa, ou mérito, não coincide com a lide principal, porque não mais se permite rediscutir os fatos e provas já debatidos e sopesados quando do julgamento da causa. O cerne do instrumento processual gira em torno da ocorrência de um engano (ocorrência de erro de cálculo; total desprezo à literalidade da lei; falsidade ou insuficiência dos documentos nos quais se fundamentou a decisão; superveniência de documentos novos capazes de influenciar nas provas já consideradas).

No tocante ao caso concreto sob análise, não vislumbramos a hipótese de que os argumentos constantes do pedido de revisão tenham força para alterar o Acórdão TC 1512/2020 – 1ª Câmara.

Convém relembrar que a determinação de suspensão dos pagamentos de *ATS Proporcional*, referente ao item 1.3 do Acórdão TC 1512/2020, contra a qual se insurge o autor do pedido de revisão, está relacionada com a irregularidade intitulada "*Pagamento indevido de Adicional de Tempo de Serviço Proporcional, com base na redação original do § 4° do art. 150 da Lei 1.278/91, já revogado pela redação dada pela Lei 1.635/97*" (item 3.1 da ITC 4076/2020, Processo TC 5214/2014).

A respeito da referida irregularidade, o NRC já se manifestou na ITR 272/2022, por oportunidade da instrução do Processo TC 5832/2020 que tratou dos embargos de declaração opostos pelo *Instituto de Previdência dos Servidores do Município de Guarapari (IPG)* também em face do mesmo Acórdão TC 1512/2020 – 1ª Câmara.

Conforme se observa na aludida ITR, o NRC, em suma, firmou entendimento no sentido de que são <u>inconstitucionais e nulos</u> os atos de concessão da vantagem pessoal *ATS Proporcional* constituídos a partir das conclusões do

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

Processo Administrativo 11.528/2008 da Prefeitura de Guarapari. Vejamos os seguintes trechos da manifestação:

> **Instrução Técnica de Recurso 00272/2022-2**
>
> **Processos:** 05832/2020-2, 00732/2021-9, 00453/2021-2, 05831/2020-8, 15208/2019-1, 15204/2019-1, 12517/2019-1, 03325/2019-1, 07983/2017-1, 05214/2014-3
>
> [...]
>
> **ANÁLISE TÉCNICA**
>
> [...]
>
> **2 MÉRITO**
>
> [...]
>
> **2.2 ANÁLISE DO MÉRITO PROPRIAMENTE DITO**
>
> [...]
>
> **A - Compreendendo a Controvérsia que gerou os embargos**
>
> O tema central **trata do pagamento de adicional de tempo de serviço proporcional, com base em dispositivo legal revogado há mais de 10 anos do tempo dos fatos (a hipótese de concessão de vantagem pessoal foi promovida através do Processo Administrativo n° 11.528/2008)**.
>
> No caso, a Lei Municipal 1.635/1997 revogou o §4º do art. 150 da Lei Municipal 1278/1991. O §4º (revogado) previa a incorporação de 75% e 100% do vencimento ao vencimento básico pelo decurso de 20 e 25 anos de serviços prestados, portanto uma vantagem pessoal.
>
> Depreende-se dos autos que, em 2008, através do Processo Administrativo 11.528/2008, o órgão municipal entendeu que a redação do §3° do artigo 150 autorizava a aplicação do §4° do mesmo art. 150 da Lei Municipal 1278/1991, já revogado desde 1997.
>
> > § 3° Fica garantido **AO SERVIDOR QUE JÁ PERCEBE O ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO EM PERCENTUAL SUPERIOR AO FIXADO** neste artigo, a concessão proporcional de vantagem, computando-se o tempo transcorrido da última concessão até a data de publicação desta Lei. (Redação dada pela Lei n° 1635/1997); (*caixa alta, grifos e destaques nossos*)
>
> Todavia, segundo a equipe técnica, **EM 2008, NÃO HAVIA NENHUM SERVIDOR QUE RECEBIA A VANTAGEM PESSOAL REVOGADA EM**. De outra banda, **a regra do §3º é clara ao definir que o texto legal NÃO CONCEDE a vantagem revogada, diversamente, o legislador APENAS MANTEVE AS VANTAGENS PESSOAIS JÁ CONCEDIDAS ANTES DA REVOGAÇÃO DO §4º, EM 1997**.
>
> Na prática, o §3º simplesmente garante segurança jurídica àqueles que tiveram o direito adquirido em tempo de vigência de outra regra legal, o que está em plena consonância com o art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, LINDB, Decreto – Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942, com redação dada pela Lei Federal 12.376, de 30 de dezembro de 2010.
>
> > Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.
>
> Por efeito, a utilização do texto do §4º (que foi revogado há mais de 10 anos

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

pela Lei 1.635/1997) para criar e conceder vantagem pessoal revogada através do texto do §3º do art. 150 que resta acima copiado se mostra como uma repristinação temerária, inválida e inconstitucional.

Em termos claros, são inconstitucionais e nulos os atos de concessão de vantagem pessoal constituídos a partir das conclusões do Processo Administrativo 11.528/2008.

Em que pese terem até então produzido efeitos, no plano da legalidade, nasceram nulos porque contêm vício insanável tanto de forma, como de competência. Além disso, estão ausentes elementos constitutivos imprescindíveis à sua concessão (tal como se observa no disposto nos artigos 21, 16 e 17 da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000).

Sob a ótica constitucional, ao utilizar o §3º como artifício para criar e conceder vantagem revogada, **o órgão municipal promoveu afronta direta à Constituição Federal, gerou enriquecimento ilícito a particulares bem como promoveu e ainda promove contínua lesão ao erário**. A concessão de vantagem pessoal ofende o inciso X do art. 37 da CF/88:

> X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 **SOMENTE PODERÃO SER FIXADOS OU ALTERADOS POR LEI ESPECÍFICA**, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Outra afronta direta à Constituição é quanto ao §5º do artigo 195, que estabelece um dos princípios gerais do Direito Previdenciário, que é o de **precedência da fonte de custeio**, conforme expõem Castro e Lazzar.

> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
>
> **§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total**.

Nas palavras de Castro e Lazzari, a criação, a majoração e a extensão de benefício a outros segurados implica INCONSTITUCIONALIDADE:

> II – Da precedência da fonte de custeio – É o princípio segundo o qual não pode ser criado benefício ou serviço, nem majorado ou estendido a categorias de segurados, sem que haja a correspondente fonte de custeio total (§5º do art. 195). Trata-se de princípio pois **nenhuma norma poderá violar tal preceito, sob pena de inconstitucionalidade**.

Claramente, a decisão embargada apenas reconheceu as patentes inconstitucionalidades e ilegalidades da descabida utilização do §3º do art. 150 para criar e conceder vantagem pessoal do revogado §4° a servidores por meio de processo administrativo.

Quando este Tribunal de Contas determinou a regularização da situação (aspectos legais e constitucionais) a fim de cessar a inconstitucionalidade, o dano ao erário e o enriquecimento ilícito que se repetem mês a mês, os embargos de declaração foram opostos a fim de se esclarecer acerca da aplicabilidade da decisão desta Corte

B – Da necessidade de regularizar os cálculos de maneira a expurgar do cálculo do benefício a parcela inconstitucional e ilegal

O benefício previdenciário envolve uma relação de trato sucessivo entre o particular e a fazenda pública. Por efeito, a publicação do registro do benefício pelo TCE-ES **constitui o direito do segurado receber benefício a cada**

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

mês, mediante preenchimento de requisitos.

Nesses termos, **a regularização do cálculo do benefício a fim de afastar dano ao erário e enriquecimento ilícito de particulares produzidos mensalmente pela concessão de vantagem inconstitucional se mostra atuarial e eticamente necessárias**.

Afinal, impedir a retificação do cálculo atinente ao dever mensal de pagamento do provento **COM BASE EM LEI REVOGADA SERIA O MESMO QUE GARANTIR A PERPETUAÇÃO FUTURA E INDEFINIDA DE DANO AO ERÁRIO E DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO A PARTICULARES**.

Alegar a impossibilidade da correção de inconstitucionalidades e ilegalidades no pagamento de vantagem indevida é UTILIZAR DA ESTRUTURA ADMINISTRATIVA, JUDICIAL E DE CONTROLE EXTERNO PARA GARANTIR DANO AO ERÁRIO A FIM DE ASSEGURAR O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO A POUCOS PARTICULARES EM DETRIMENTO DA POPULAÇÃO E DA PRÓPRIA ORDEM JURÍDICA EM PREJUÍZO DA COLETIVIDADE. O STJ, em recente manifestação, demonstra a necessidade de regularização de benefícios:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL. REAJUSTE DE 84,32%. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO DO DISTRITO FEDERAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. De fato, em situações como a dos autos, esta Corte vinha afirmando, em observância à imutabilidade da coisa julgada, não ser possível compensar os reajustes salariais reconhecidos por decisão judicial transitada em julgado com o reajuste de 81% autorizado pelo Decreto 12.947/1990. 2. Ocorre que a Primeira Turma decidiu alterar o entendimento sobre a matéria, concluindo que, a despeito de o Distrito Federal não ter requerido em momento oportuno a compensação, diante da quantidade de ações judiciais similares à presente, do número de servidores que irão perceber valores sabidamente indevidos, bem como da atual conjuntura econômica em que se encontra o ente federado, **a questão deve ser tratada concretamente, a fim de que seja adotada conclusão, ainda que excepcional, que justifique a prevalência de princípios que asseguram valores mais elevados do que a segurança jurídica**. 3. Assim, concluiu a Primeira Turma que **NÃO SE PODE ADMITIR QUE DETERMINADA PARCELA DE SERVIDORES SEJA BENEFICIADA COM ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA EM DETRIMENTO DO ERÁRIO, COM GRAVES PREJUÍZOS E CONSEQUÊNCIAS PARA A COLETIVIDADE, pois o interesse particular não pode prevalecer sobre o interesse público e o bem comum, sendo certo, que, ao final, é a sociedade que suportará os ônus correspondentes**. Precedente: AgInt no AREsp 465.900/DF, Rel. p/Acórdão Min. GURGEL DE FARIA, DJe 22/3/2018 (*caixa alta, grifos e destaques nossos*)

PORTANTO, ADMITIR O PAGAMENTO FUTURO E EM DEFINITIVO COM BASE EM LEI REVOGADA SERIA A CHANCELA DESTA CORTE AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO ATRAVÉS DE LESÃO CONTÍNUA E SISTEMÁTICA DO ERÁRIO através de efeito repicão que é vedado pelo art. 37, incisos XI e XIV da CF/88. Neste ponto, é importante retomar o trecho disposto na Instrução Técnica Conclusiva 4076/2020-6:

> Com a edição da Lei Municipal 1.635/1997, a Gratificação Adicional por Tempo de Serviço prevista no § 3° do art. 150 da Lei Municipal 1.278/91 foi revogada.
>
> **Da análise das folhas de pagamentos e dos dispositivos legais utilizados como fundamento, a equipe percebeu a irregularidade tratada nesse item, referente ao pagamento de adicional de tempo de serviço proporcional, com base em dispositivo legal**

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

revogado/suprimido.

Explica-se, o art. 150 da Lei 1278/1991 foi alterado pela Lei Municipal 1.635/1997, concedendo nova redação para o §3º, bem como suprimindo (revogando) o §4º do dispositivo, que previa a incorporação de 75% e 100% do vencimento ao vencimento básico pelo decurso de 20 e 25 anos de serviços prestados:

> Artigo 150 O adicional por tempo de serviço será concedido ao servidor efetivo, a cada 05 (cinco) anos de efetivo exercício prestado exclusivamente ao Município de Guarapari, no percentual de 05% (cinco por cento), limitado a 35% (trinta e cinco por cento) e calculado sobre o valor do respectivo vencimento básico de seu cargo efetivo. (Redação dada pela Lei n° 1635/1997)
>
> § 1° No caso de acumulação legal de cargos, a gratificação adicional será paga por cargo, computando-se o tempo de serviço isoladamente, de cada um deles. (Redação dada pela Lei n° 1635/1997);
>
> § 2° O servidor efetivo com 10 (dez), 15 (quinze) e 20 (vinte) anos de efetivo exercício terão direito a passar para os níveis superiores de 15, 18 e 20 do Plano de Carreira, ficando estabelecido que, em caso de modificação da Lei, a alteração será proporcional. (Redação dada pela Lei n° 1635/1997);
>
> § 3° Fica garantido ao servidor que já percebe o adicional por tempo de serviço em percentual superior ao fixado neste artigo, a concessão proporcional de vantagem, computando-se o tempo transcorrido da última concessão até a data de publicação desta Lei. (Redação dada pela Lei n° 1635/1997);
>
> §4º (Revogado pela Lei n° 1635/1997).

MESMO O DISPOSITIVO TENDO SIDO REVOGADO EM 1997, A EQUIPE REGISTROU QUE NO EXERCÍCIO DE 2008 A ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL OPTOU POR ENTENDER A ABRANGÊNCIA DA NOVA REDAÇÃO DO § 3° DO ART. 150, AO DISPOSTO NO § 4°, JÁ REVOGADO. O que foi feito nos autos do Processo Administrativo n° 11528/2008. (*grifos e destaques nossos*)

De se ressaltar que **TAL PROCEDIMENTO IMPORTOU EM PAGAMENTO DE VANTAGENS PESSOAIS SEM QUE HOUVESSE LEI ESPECIFICA QUE PREVISSE A POSSIBILIDADE**. Essa situação encontra vedação no inciso X do art. 37 da Constituição Federal, ato ainda que o art. 21 da Lei Complementar 101/00 disciplina como nulo de pleno direito, por provocar o aumento da despesa com pessoal sem atendimento ao disposto nos arts. 16 e 17, também da Lei Complementar 101/00. (*grifos e destaques nossos*)

Dispõe o art. 150 da Lei Municipal 1.278/91, com a redação dada pela Lei Municipal 1635/1997, que o Adicional por Tempo de Serviço será concedido ao servidor efetivo a cada 5 (cinco) anos de efetivo serviço prestado exclusivamente ao Município de Guarapari, no percentual de 5% (cinco por cento), limitado a 35% (trinta e cinco por cento) e calculado sobre o valor do respectivo vencimento básico de seu cargo efetivo.

(...)

Constatou-se, também, que o setor encarregado da elaboração da folha de pagamentos **UTILIZA O APELIDO DE QUINQUÊNIO PARA AS VERBAS PAGAS A TÍTULO DE ADICIONAL DE TEMPO DE**

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

> **SERVIÇO, EMBORA NÃO HAJA NA LEGISLAÇÃO LOCAL VERBA CRIADA COM A DETERMINAÇÃO DE QUINQUÊNIO**, mas sim Adicional de Tempo de Serviço (antes previsto no § 1º e agora no caput do art. 150). (*grifos e destaques nossos*)
>
> Ainda com base nas folhas de pagamento fornecidas pelo Recursos Humanos da Prefeitura Municipal de Guarapari, aferiu-se que: **ATÉ O MÊS DE NOVEMBRO DE 2008 NENHUM SERVIDOR PÚBLICO ATIVO RECEBIA O ADICIONAL DE TEMPO DE SERVIÇO PROPORCIONAL COM BASE NO § 4° DO ART. 150, ATÉ MESMO PORQUE O DISPOSITIVO SE ENCONTRAVA REVOGADO PELA LEI MUNICIPAL 1.635/97**. (*caixa alta, grifos e destaques nossos*)
>
> Como já dito acima, a nova redação dada ao artigo 150 extinguiu a Gratificação por Tempo de Serviço anteriormente prevista no § 4°, que, além de ser concedida pelo mesmo fundamento das demais, **PROVOCAVA O EFEITO CASCATA (REPICÃO), POSTO QUE OS VALORES APURADOS DA APLICAÇÃO DOS PERCENTUAIS NELA PREVISTOS, ERAM AGREGADOS AO VENCIMENTO BÁSICO DO SERVIDOR**. (*caixa alta, grifos e destaques nossos*)

Realça-se que não se está se discutindo a concessão de aposentadoria em si, mas sim **a inclusão de VANTAGEM PESSOAL INCONSTITUCIONAL que causa dano ao erário e enriquecimento ilícito mês a mês**.

C – Dos limites do processo administrativo

O ponto de partida do processo administrativo não é a discussão acerca da inconstitucionalidade e ilegalidade da concessão de vantagem com base no revogado §4º do artigo 150 da Lei Municipal 1278/1991 sob a outorga do Processo Administrativo 11528/2008. Esta questão jurídica foi devidamente instruída e consolidada na decisão ora embargada.

Destaca-se que o único ponto que deve ser objeto de revisão é exatamente no que tange à vantagem pessoal concedida ao arrepio da Constituição Federal e da legislação vigente por meio do revogado §4º do art. 150 da Lei Municipal 1.278/91. O direito de fundo do segurado quanto à concessão do benefício previdenciário não está incluído na revisão determinada por esta Corte.

Portanto, o ponto que cabe abertura do processo administrativo em relação aos beneficiários **CINGE-SE APENAS À REGULARIZAÇÃO DO CÁLCULO DO BENEFÍCIO DE MODO A RETIRAR DO CÁLCULO A VANTAGEM INCONSTITUCIONAL E ILEGAL**.

O processo administrativo determinado por esta Corte deve observar se existem óbices à devida regularização do cálculo do benefício concretizados através de sentenças transitadas em julgado.

Inexistindo sentença judicial impeditiva com trânsito em julgado, cabe a abertura do contraditório a fim de estabelecer, por meio de decisão administrativa, o *animus* do beneficiário, ou seja, se o segurado recebeu a parcela indevida com boa fé objetiva ou não e para que o beneficiário se manifeste acerca de aspectos práticos da aplicação do cálculo correto que também deverá constar na decisão.

Importante verificar o momento de publicação do registro do benefício por esta Corte de Contas e o período em que o beneficiário recebe a parcela inconstitucional. Tal qual abaixo se verá, caso não seja provada a boa-fé objetiva, deve o beneficiário devolver ao erário as quantias irregularmente

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

recebidas, nos limites a seguir estabelecidos.

D – Afronta direta à Constituição, vedação de "usucapião" de constitucionalidade; necessidade de revisão do cálculo a fim de expurgar a inconstitucional vantagem pessoal concedida por meio de ato administrativo sem precedência da fonte de custeio; não ocorrência de decadência;

Segundo a equipe técnica, **em 2008 não existiam servidores que detinham vantagem adquirida pela legislação que perdeu a vigência em 1997. Em adição, se o §3º do art. 150 apenas garante a MANUTENÇÃO da vantagem já concedida no tempo de vigência da lei revogada (1997), então, NO MÍNIMO, HOUVE UM ERRO CRASSO DA ADMINISTRAÇÃO pois é inadmissível interpretação fora do texto legal, principalmente pelo administrador a quem cabe cumprir a lei ou agir conforme seus desígnios (conforme o princípio da legalidade administrativa)**.

Em termos claros, **SE O ADMINISTRADOR INTERPRETA A LEI FORA DE SEU TEXTO E CONTEXTO, ELE UTILIZA O REGRAMENTO PARA JUSTIFICAR A USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA A FIM DE CRIAR REGRA JURÍDICA CONCESSORA DE VANTAGEM PESSOAL POR MEIO DE ATO ADMINISTRATIVO E SEM PRÉVIA DESIGNAÇÃO DA FONTE DE CUSTEIO, O QUE SIGNIFICA DUAS OFENSAS DIRETAS À CF/88**.

Cumpre reforçar que a jurisprudência do Supremo Federal e do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que **ATOS EIVADOS DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO PODEM SER ESTABILIZADOS, NEM CONVALIDADOS TAMPOUCO CONVERTIDOS**.

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CUMULAÇÃO DE CARGOS. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Não ocorre a decadência do direito da Administração Pública em adotar procedimento para equacionar ilegal acumulação de cargos públicos, uma vez que **OS ATOS INCONSTITUCIONAIS JAMAIS SE CONVALIDAM PELO MERO DECURSO DO TEMPO**. 2. Recurso Especial provido. (*grifos e caixa alta nossos*)
>
> (STJ - REsp: 1799759 ES 2019/0052410-8, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 23/04/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/05/2019)

Observa-se o precedente abaixo do STJ que traz exatamente que não há de se falar em decadência da administração em rever seus atos que gerem benefício a terceiro quando houver flagrante inconstitucionalidade.

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA N. 280/STF. **DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. ART. 54 DA LEI N. 9.784/1999. INAPLICABILIDADE. SITUAÇÃO FLAGRANTEMENTE INCONSTITUCIONAL**. I. O Tribunal local, para decidir a controvérsia, interpretou legislação local, o que implica a inviabilidade do recurso especial, aplicando-se, por analogia, o teor do Enunciado n. 280 do STF. II. Ainda que assim não fosse, a tese de defesa apresentada, qual seja, impossibilidade de **DESCONSTITUIÇÃO DE BENEFÍCIO DECLARADO INCONSTITUCIONAL** pela Corte Local por conta da decadência do direito de a Administração Local rever seus próprios atos, não encontra guarida na jurisprudência dos Tribunais Superiores. III. **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU ORIENTAÇÃO NO SENTIDO DE QUE, EM SITUAÇÕES FLAGRANTEMENTE INCONSTITUCIONAIS, NÃO É APLICÁVEL A DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA ESTABELECIDA NO ART. 54 DA LEI N. 9.784/1999**. Além disso, é firme o entendimento desta Corte Superior no sentido de que **NÃO OCORRE A DECADÊNCIA DO DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO EM ANULAR ATOS CONTRÁRIOS À CARTA MAIOR, VEZ QUE OS ATOS INCONSTITUCIONAIS JAMAIS SE CONVALIDAM PELO MERO DECURSO**

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

> **DO TEMPO**. Neste sentido, os seguintes precedentes: STF, AgRg no MS n. 29270. Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 10/4/2014 e STJ, AgInt no REsp n. 1.667.120/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 7/11/2017. IV. Recurso especial não conhecido.
>
> (STJ - REsp: 1647347 RO 2017/0003895-5, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 11/12/2018, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/12/2018) (*grifos, destaques e caixa alta nossos*)

Por sua vez, o Supremo, no RE 817338/DF, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, é enfático ao afirmar que não corre prazo decadencial para a administração para, por meio de processo administrativo, anular atos inconstitucionais, mesmo quando o ato beneficiar terceiro. Contudo, o fato de revisar o ato inconstitucional não gera automaticamente o dever do particular devolver ao erário as verbas recebidas.

> DIREITO CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. ANISTIA POLÍTICA. REVISÃO. **EXERCÍCIO DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO COM DEVIDO PROCESSO LEGAL. ATO FLAGRANTEMENTE INCONSTITUCIONAL**. VIOLAÇÃO DO ART. 8º DO ADCT. NÃO COMPROVAÇÃO DE ATO COM MOTIVAÇÃO EXCLUSIVAMENTE POLÍTICA. INEXISTÊNCIA DE INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS PROVIDOS, COM FIXAÇÃO DE TESE.
>
> 1. A Constituição Federal de 1988, no art. 8º do ADCT, assim como os diplomas que versam sobre a anistia, não contempla aqueles militares que não foram vítimas de punição, demissão, afastamento de suas atividades profissionais por atos de motivação política, a exemplo dos cabos da Aeronáutica que foram licenciados com fundamento na legislação disciplinar ordinária por alcançarem o tempo legal de serviço militar (Portaria nº 1.104- GM3/64).
>
> **2. O DECURSO DO LAPSO TEMPORAL DE 5 (CINCO) ANOS NÃO É CAUSA IMPEDITIVA BASTANTE PARA INIBIR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE REVISAR DETERMINADO ATO, HAJA VISTA QUE A RESSALVA DA PARTE FINAL DA CABEÇA DO ART. 54 DA LEI Nº 9.784/99 AUTORIZA A ANULAÇÃO DO ATO A QUALQUER TEMPO, UMA VEZ DEMONSTRADA, NO ÂMBITO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, COM OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, A MÁ-FÉ DO BENEFICIÁRIO.**
>
> **3. AS SITUAÇÕES FLAGRANTEMENTE INCONSTITUCIONAIS NÃO DEVEM SER CONSOLIDADAS PELO TRANSCURSO DO PRAZO DECADENCIAL** previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, sob pena de subversão dos princípios, das regras e dos preceitos previstos na Constituição Federal de 1988. Precedentes.
>
> 4. Recursos extraordinários providos.
>
> 5. Fixou-se a seguinte tese: "**NO EXERCÍCIO DE SEU PODER DE AUTOTUTELA, PODERÁ A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA REVER OS ATOS DE CONCESSÃO DE ANISTIA A CABOS DA AERONÁUTICA RELATIVOS À PORTARIA Nº 1.104, EDITADA PELO MINISTRO DE ESTADO DA AERONÁUTICA, EM 12 DE OUTUBRO DE 1964 QUANDO SE COMPROVAR A AUSÊNCIA DE ATO COM MOTIVAÇÃO EXCLUSIVAMENTE POLÍTICA, ASSEGURANDO-SE AO ANISTIADO, EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A NÃO DEVOLUÇÃO DAS VERBAS JÁ RECEBIDAS.**") (*grifos, destaques e caixa alta nossos*)

Em seu voto, o Ministro Dias Toffoli traz as seguintes relevantes considerações acerca do descabimento de decadência em caso de inconstitucionalidade, mesmo quando envolver benefício de terceiros:

> Logo, se o legislador concebeu a possibilidade de se mitigar o prazo de 5 (cinco) anos com base em premissa menor: "a má-fé do beneficiário", porque não admitir a mitigação desse mesmo prazo com

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

base em premissa maior, vale dizer, a inconstitucionalidade chapada do ato, pois em desconformidade com o art. 8º do ADCT. **O Supremo Tribunal Federal já assentou que situações de flagrante inconstitucionalidade não devem ser consolidadas pelo transcurso do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/99, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal de 1988**. Como já tive a oportunidade de consignar, **NÃO PODE HAVER USUCAPIÃO DE CONSTITUCIONALIDADE, POIS A OBRIGATORIEDADE DA CONSTITUIÇÃO DERIVA DE SUA VIGÊNCIA. NÃO É POSSÍVEL ENTENDER, PORTANTO, QUE O TEMPO DERROGUE A FORÇA OBRIGATÓRIA DE SEUS PRECEITOS POR CAUSA DE AÇÕES OMISSIVAS OU COMISSIVAS DE AUTORIDADES PÚBLICAS** (v.g. MS nº 30.016/DF-AgR, Tribunal Pleno, de minha relatoria, DJe de 30/4/14). Perfilham esse entendimento os seguintes precedentes:

> "AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. ATO DE EFETIVAÇÃO NA TITULARIDADE DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL POR MEIO DE PERMUTA REALIZADA APÓS A PROMULGAÇÃO DA CARTA DE 1988. ART. 236, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NORMA AUTOAPLICÁVEL. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PARA PROVIMENTO E REMOÇÃO EM ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. INCONSTITUCIONALIDADE FLAGRANTE. REVISÃO QUE NÃO SE SUJEITA AO PRAZO DECADENCIAL PREVISTO NO ART. 54 DA LEI 9.784/1999. 1.(...) 2. **A revisão de atos eivados de flagrante inconstitucionalidade**, como é o caso do de outorga de delegação, sob a égide da Carta de 1988, sem prévia realização de concurso de provimento ou de remoção, **não se sujeita ao prazo decadencial quinquenal previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999**. Precedentes. 3. Agravo regimental conhecido e não provido" (MS nº 29.265/DF-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 23/2/17).

Verifico, assim, que **A MATÉRIA EM QUESTÃO ESTÁ INSERIDA NA ORDEM CONSTITUCIONAL, SENDO, POR TAL RAZÃO, INSUSCETÍVEL DE DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA.)** (*grifos, destaques e caixa alta nossos*)

Consubstanciado nos precedentes vinculantes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, entende-se que **a concessão de vantagem pessoal por meio de ato administrativo, sem prévia indicação da fonte de custeio, fundamentada em lei revogada significa dupla afronta constitucional e não pode ser estabilizada ou convalidada**.

Assim, cabe ao órgão municipal revisar os benefícios concedidos após 2008, (que foram substanciados pelo Processo Administrativo 11.528/2008) para retirar do cálculo do benefício a vantagem pessoal maculada de inconstitucionalidades. Com base nos precedentes do Supremo, por se tratar de dupla ofensa direta à Constituição Federal, não se pode falar em decadência do direito de revisão do ato administrativo inconstitucional, independentemente se a publicação do registro do ato de aposentadoria ocorreu há mais de 5 anos.

E – A função do Tribunal de Contas no processo administrativo

Tal como ocorre no processo de concessão de aposentadoria, o processo de regularização ou revisão do cálculo do benefício começará no município e depois seguirá ao Tribunal de Contas.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

Consoante o definido pelo STF, o processo de aposentadoria é complexo. De igual maneira, a revisão administrativa a fim de regularizar o cálculo do benefício segue em isonomia ao processo primário de concessão do benefício. Desse modo, envolve primeiro os atos do ente municipal e depois os do Tribunal de Contas.

Assim, o primeiro passo deve ser dado pela esfera municipal ao proceder ao processo de aplicação constitucional e legal do cálculo do provento. Procedimento este em que se deve garantir o contraditório do servidor aposentado. Neste ponto, imprescindível que se observe as considerações do Voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 636553/RS sobre o conteúdo do princípio do contraditório nos processos administrativos:

> Dessa forma, por contraditório, há que se entender não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar.

Importante frisar que ao Tribunal de Contas cabe apenas a fiscalização da regularidade do ato e o seu registro, conforme expõe o artigo 117, incisos I, II e III da LC 621/2012. Dessa maneira, o processo recálculo do benefício de acordo com a legislação não se inicia no TCE-ES e sim no ente municipal:

> Art. 117. Ao exercer a fiscalização dos atos de que trata esta Seção, o Tribunal de Contas:
>
> I - procederá ao registro do ato que atender às disposições legais;
>
> II - denegará o registro, se houver ilegalidade no ato, e determinará ao responsável a adoção de medidas regularizadoras;
>
> **III - procederá à averbação de apostilas, títulos declaratórios de direito ou de quaisquer outros atos que modifiquem aposentadorias**, reformas e pensões.

Portanto, cabe ao ente municipal o refazimento dos cálculos da forma indicada pelo **Acórdão 01512/2020-4 –1ª Câmara**, e a abertura do processo administrativo com respeito ao contraditório e à ampla defesa.

> "Consoante a jurisprudência desta Corte, os atos da Administração Pública que tiverem o condão de repercutir sobre a esfera de interesses do cidadão deverão ser precedidos de prévio procedimento em que se assegure ao interessado o efetivo exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa". Agravo Regimental no RE nº 590.964-AL, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma do STF, DJe de 12.11.2012

Depois de adotar cálculo retificado após decisão administrativa gerada a partir de procedimento com contraditório e ampla defesa preservados, deve o município remeter o processo administrativo contendo o cálculo e a decisão da autoridade responsável para análise de regularidade e anotações necessárias pelo TCE-ES.

Cumpre anotar que, conforme Castro e Lazzari, a aplicação das normas em Direito Previdenciário segue o princípio *tempus regit actum*. Por conseguinte, a revisão deve ter em vista o direito do segurado no momento da concessão do benefício.

F – Os critérios para determinar a devolução ou não dos valores indevidamente recebidos

Como visto, durante o processo administrativo, o órgão municipal deve analisar se existe alguma decisão judicial transitada em julgado que obste a **aplicação correta da legislação vigente ao tempo da concessão do benefício ao servidor** a fim de regularizar o cálculo do provento, consoante o disposto no **Acórdão 01512/2020-4 –1ª Câmara**.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

Bandeira de Mello defende que "se o ato fulminado era restritivo de direitos, a eliminação é retroativa; se o ato fulminado era ampliativo de direitos, a eliminação produz efeitos *ex nunc*, isto é, desde agora, salvo se demonstrável a má-fé do beneficiário do ato ilegal, com ou sem conluio com o agente público que o praticou".

No caso, deve-se verificar se o servidor recebeu os valores movido por boa-fé objetiva. Assim, cabe ao servidor demonstrar que não lhe era possível constatar que o pagamento recebido era indevido. Se não demonstrar objetivamente – com base em fatos ou documentos - o servidor aposentado deve devolver os valores indevidamente recebidos da administração.

Por efeito, caso seja apurada a boa-fé objetiva, os valores recebidos indevidamente não devem ser devolvidos, conforme posicionamento firmado pelo Tema Repetitivo 1009 do Superior Tribunal de Justiça, STJ:

> Os pagamentos indevidos aos servidores públicos decorrentes de erro administrativo (operacional ou de cálculo), não embasado em interpretação errônea ou equivocada da lei pela Administração, estão sujeitos à devolução, ressalvadas as hipóteses em que o servidor, diante do caso concreto, comprova sua boa-fé objetiva, sobretudo com demonstração de que não lhe era possível constatar o pagamento indevido.

O REsp 1769306/AL julgado pelo STJ traz importantes conclusões aplicáveis ao presente caso. No trecho abaixo, da Primeira Turma do Tribunal Regional da 5ª Região (de onde foi originado o recurso em tela), depreendem-se contornos fáticos que aproximam o caso debatido nos presentes embargos daquele objeto do precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> 1. O ponto controvertido da demanda se refere à legalidade ou não dos atos administrativos que determinaram aos autores, aposentados entre 1990 e 1996, a devolução de valores, cobrados em face do pagamento indevido, no período de junho de 2012 a julho de 2016, de proventos correspondentes à classe de professor titular.
>
> 2. A Lei nº 11.344/2006 reestruturou a carreira do magistério superior, incluindo, entre as classes de professor adjunto e de professor titular, a de professor associado. Em face disso, a Nota Técnica nº 188/2012, do MPOG, entendeu que os servidores que se aposentaram com a remuneração da classe imediatamente superior àquela em que estavam posicionados (art. 192, I, da Lei nº 8.112/90 e/ou art. 184 da Lei nº 1.711/52) teriam direito adquirido à referida vantagem, mas que, em função da nova estrutura remuneratória, a sua base de cálculo deveria ter como referência a classe de professor associado, atualmente correspondente à antiga classe de professor titular.

Como acima copiado, o *leading case* traz **professores aposentados** (entre 1990 e 1996) que receberam, **a título de provento**, quantias indevidas por erro da administração. **O STJ, no Tema Repetitivo 1001 analisou o mesmo caso e decidiu que era possível devolução de valores a maior recebidos por aposentados** em razão de erro operacional da administração:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 46, CAPUT, DA LEI N. 8.112/1990. TESE DEFINIDA NO TEMA 531-STJ. AUSÊNCIA DE ALCANCE NOS CASOS DE **PAGAMENTO INDEVIDO DECORRENTE DE ERRO DE CÁLCULO OU OPERACIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO**. SALVO INEQUÍVOCA PRESENÇA DA BOA-FÉ OBJETIVA. 1. Delimitação do Tema: A afetação como representativo de controvérsia e agora trazido ao colegiado consiste em definir se a tese firmada no Tema 531/STJ seria igualmente aplicável aos casos de erro operacional ou de cálculo, para igualmente desobrigar o servidor público, de boa-fé, a restituir ao Erário a quantia recebida a maior. 2. No julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.244.182/PB (Tema 531/STJ), definiu-se que quando a Administração Pública interpreta

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

> erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, de boa-fé, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, o que está em conformidade com a Súmula 34 da Advocacia Geral da União - AGU. 3. O artigo 46, caput, da Lei n. 8.112/1990 estabelece a possibilidade de reposições e indenizações ao erário. Trata-se de disposição legal expressa, plenamente válida, embora com interpretação dada pela jurisprudência com alguns temperamentos, especialmente em observância aos princípios gerais do direito, como boa-fé, a fim de impedir que valores pagos indevidamente sejam devolvidos ao Erário. 4. Diferentemente dos casos de errônea ou má aplicação de lei, onde o elemento objetivo é, por si, suficiente para levar à conclusão de que o servidor recebeu o valor de boa-fé, assegurando-lhe o direito da não devolução do valor recebido indevidamente, na hipótese de erro operacional ou de cálculo, **deve-se analisar caso a caso, de modo a averiguar se o servidor tinha condições de compreender a ilicitude no recebimento dos valores, de modo a se lhe exigir comportamento diverso perante a Administração Pública**. 5. Ou seja, na hipótese de erro operacional ou de cálculo não se estende o entendimento firmado no Recurso Especial Repetitivo n. 1.244.182/PB (Tema 531/STJ), sem a observância da boa-fé objetiva do servidor, o que possibilita a restituição ao Erário dos valores pagos indevidamente decorrente de erro de cálculo ou operacional da Administração Pública. 6. Tese representativa da controvérsia fixada nos seguintes termos: Os pagamentos indevidos aos servidores públicos decorrentes de erro administrativo (operacional ou de cálculo), não embasado em interpretação errônea ou equivocada da lei pela Administração, estão sujeitos à devolução, ressalvadas as hipóteses em que o servidor, diante do caso concreto, comprova sua boa-fé objetiva, sobretudo com demonstração de que não lhe era possível constatar o pagamento indevido. 7. Modulação dos efeitos: Os efeitos definidos neste representativo da controvérsia, somente devem atingir os processos que tenham sido distribuídos, na primeira instância, a partir da publicação deste acórdão. 8. Solução ao caso concreto (inciso IV do art. 104-A do RISTJ): Cinge-se a controvérsia na origem quanto à legalidade de ato administrativo que determinou aos autores, **PROFESSORES APOSENTADOS** entre 1990 a 1996, a devolução de valores pelo **PAGAMENTO INDEVIDO DE PROVENTOS** correspondentes à classe de Professor Titular, ao invés de Professor Associado. Como bem consignado pelo acórdão recorrido, a pretensão de ressarcimento dos valores é indevida, haja vista que os contracheques dos demandados, de fato, não informam a classe correspondente ao provento recebido, impondo-se reconhecer que sua detecção era difícil. Assim, recebida de boa-fé, afasta-se a reposição da quantia paga indevidamente. 9. Recurso especial conhecido e não provido. Julgamento submetido ao rito dos Recursos Especiais Repetitivos. (*caixa alta, grifos e destaques nossos*)

Nessa lógica, o STJ fixou a seguinte tese representativa:

> Os pagamentos indevidos aos servidores públicos decorrentes de erro administrativo (operacional ou de cálculo), não embasado em interpretação errônea ou equivocada da lei pela Administração, estão sujeitos à devolução, ressalvadas as hipóteses em que o servidor, diante do caso concreto, comprova sua boa-fé objetiva, sobretudo com demonstração de que não lhe era possível constatar o pagamento indevido.

Consoante definido pelo STJ, o crivo que o órgão municipal deve adotar para a determinação de devolução ou não dos valores inconstitucionalmente pagos é o *animus* objetivamente provado com que servidor recebeu as parcelas indevidas.

No caso, durante o processo administrativo, deve o ente municipal verificar se o servidor recebeu os valores indevidos de boa ou má fé. Caso tenha recebido dentro dos critérios de boa-fé objetiva, não cabe a devolução. Entretanto, se recebeu de má fé, deve-se determinar a devolução dos valores. Nesse sentido definiu o Superior Tribunal de Justiça:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

> AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. SUPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. ERRO DE CÁLCULO. DEVOLUÇÃO DAS VERBAS. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER ALIMENTAR. BOA-FÉ DO BENEFICIÁRIO. (...) 3. Os pagamentos dos benefícios da previdência pública e os da previdência privada devem se reger pelo postulado da boa-fé objetiva. Restando configurada a definitividade putativa das verbas de natureza alimentar recebidas pelo assistido, que, não tendo dado causa ou contribuído para o equívoco cometido pelo ente de previdência complementar, permanece de boa-fé, torna-se imperioso o reconhecimento da incorporação da quantia em seu patrimônio, a afastar a pretensa repetição de indébito ou a alegação de enriquecimento ilícito. 4. Agravo interno não provido.
>
> (STJ - AgInt nos EDcl no AREsp: 1551107 SP 2019/0226492-0, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 01/06/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/06/2021)

Na mesma direção qualificou a 1ª Turma do STF no AG. REG. nos Emb. Decl. em Mandado de Segurança 36.959 do Distrito Federal:

> "(...) a dispensa de reposição ao erário de valores percebidos por agente público de boa-fé está justificada quando evidenciados, de modo concomitante, os seguintes requisitos, todos configurados na espécie: **"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; iv] interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração."**

Portanto, **apenas quando não seja aferida a boa-fé objetiva conforme os critérios acima definidos, cabe ao servidor devolver ao erário os valores indevidamente recebidos**. Ressalta-se que a aposentadoria se regula pela lei vigente no tempo de sua concessão, arqueada sobre o princípio *tempus regit actum*, tal como expôs o STF:

> "Os benefícios previdenciários devem regular-se pela lei vigente ao tempo em que preenchidos os requisitos necessários à sua concessão" (STF, AI 625.446-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19.9.2008)

Da mesma forma que a parcela inconstitucional recebida de má fé deve ser devolvida, em relação apenas aos últimos 5 exercícios, em relação ao mesmo período, o *quantum* descontado a título de contribuição do inativo ou pensionista deve calculado e imediatamente subtraído do valor a ser devolvido pelo particular.

Não obstante, quando não se aferir a boa-fé objetiva, e de outro lado não for o caso de aplicação da imprescritibilidade do dano ao erário (conforme Temas 897 e 899 do STF) a administração deverá observar a regra da Súmula 85 do STJ que limita o dever de devolução ao erário a até 5 (cinco) anos da abertura do processo administrativo de revisão de cálculo:

> Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

Não obstante os precedentes mais abrangentes do STF, o parágrafo único do artigo 225 da resolução 261, de 4 de junho de 2013 expõem que, dentro do processo de controle externo envolvendo benefício previdenciário de regime próprio, se houver má fé, o registro maculado de nulidade não faz coisa julgada e deve ser revisto, independente do momento do registro.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

> Parágrafo único - A decisão que considerar legal o ato e determinar o seu registro não faz coisa julgada administrativa e poderá, mediante provocação, ser revista pelo Tribunal, com a oitiva do Ministério Público junto ao Tribunal, dentro do prazo de cinco anos da sua publicação, se verificado que o ato viola a ordem jurídica, ou a qualquer tempo, no caso de comprovada má-fé.

Como visto, diante de duas afrontas diretas à Constituição Federal, não é possível falar em decadência por parte da administração, porque, como aduziu o Ministro Toffoli, não é admissível usucapião em matéria constitucional. Ademais, a relação previdenciária é contínua, assim como vem sendo contínuo o dano ao erário por ocasião do pagamento de parcela indevida a poucos particulares. Nesse sentido, é claro o texto do MS 28604, julgado pela 1ª Turma do STF:

> "DECADÊNCIA – ATO ADMINISTRATIVO – DESFAZIMENTO – APOSENTADORIA – INADEQUAÇÃO. O disposto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99, a revelar o prazo de decadência para a Administração Pública rever os próprios atos, por pressupor situação jurídica constituída, **não se aplica à aposentadoria, porque esta reclama atos sequenciais**. (...) (MS 28604, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 21.2.2013) (*grifos e destaques nossos*)

Desse modo, considerando o acima explicitado, **opina-se para que seja dado provimento aos presentes embargos de declaração, no entanto, sugere lhes seja negado os efeitos modificativos**.

[...]

Vale ressaltar que o entendimento externado pelo NRC foi acompanhado pelo Acórdão TC 1411/2022 que julgou os embargos de declaração do Processo TC 5832/2020, conforme se observa nos seguintes trechos:

> **Acórdão 01411/2022-3 - 1ª Câmara**
>
> **Processos:** 05832/2020-2, 00732/2021-9, 00453/2021-2, 05831/2020-8, 15208/2019-1, 15204/2019-1, 12517/2019-1, 03325/2019-1, 07983/2017-1, 05214/2014-3
>
> **Classificação:** Embargos de Declaração
>
> **UG:** PMG - Prefeitura Municipal de Guarapari
>
> [...]
>
> **III – DO MÉRITO RECURSAL**
>
> [...]
>
> **III.1 – DOS FUNDAMENTOS QUE GERARAM OS EMBARGOS: DA OMISSÃO NO QUE TANGE À SITUAÇÃO DOS SERVIDORES INATIVOS QUE TIVERAM SUAS APOSENTADORIAS HOMOLOGADAS PELO TCEES**
>
> Constata-se que o acórdão embargado (**Acórdão 01512/2020-4 –1ª Câmara - Processo TC nº 5214/2014-3**), determinou a regularização/cessação dos pagamentos irregulares relacionados a ATS (aspectos legais e constitucionais) aos servidores públicos municipais da Prefeitura de Guarapari, a fim de cessar a inconstitucionalidade do ato, o dano ao erário e o enriquecimento ilícito que se repetem mês a mês. Neste sentido, compreende-se que os presentes Embargos de Declaração foram opostos a fim de se esclarecer acerca da aplicabilidade e abrangência da referida decisão.
>
> [...]
>
> O aspecto nodal da presente controvérsia *está relacionado à perpetuação de pagamento de vantagem inconstitucional aos servidores inativos da Prefeitura*

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

Municipal de Guarapari, que tiveram a suas aposentadorias homologadas por esta Corte de Contas.

[...]

Neste sentido, observa-se que o cálculo do benefício destes servidores inativos foi realizado com base em vantagem inconstitucional, o que gera o enriquecimento ilícito dos mesmos e vultoso dano ao erário produzidos mensalmente por meio do pagamento de suas aposentadorias. [...]

Neste sentido, corrobora-se com o entendimento técnico de que a admissão do pagamento em definitivo – aposentadoria – baseado em lei revogada é abrigar o enriquecimento ilícito e por consequência a lesão contínua e sistêmica do erário, em total afronta aos princípios basilares orientadores do Direito Administrativo.

Importante consignar que não há qualquer análise ou discussão em torno da concessão da aposentadoria dos servidores municipais, o que se está a debater é o recebimento de vantagem pessoal perpetrada pela inconstitucionalidade, que tem ocasionado sucessivo desfalque nos cofres públicos.

Com efeito, o que se deve avaliar para a regulação da questão que se apresenta é a existência de impedimento à correta sistematização do cálculo do benefício dos servidores inativos, de modo a retirar a vantagem inconstitucional e ilegal concedida por meio do revogado §4º do art. 150 da Lei Municipal 1.287/91.

[...]

III.3.1.1 – DA NÃO OCORRÊNCIA DO INSTITUTO DA DECADÊNCIA

A jurisprudência do STF e do STJ é pacífica no sentido de que **ATOS EIVADOS DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO PODEM SER ESTABILIZADOS, NEM CONVALIDADOS TAMPOUCO CONVERTIDOS**.

[...]

Pelo exposto, **acompanhando o posicionamento técnico acerca do tema**, entende-se que caberá ao órgão municipal a revisão dos benefícios concedidos após 2008, (que foram substanciados pelo Processo Administrativo 11.528/2008) a fim de retirar do cálculo do benefício a vantagem pessoal maculada de inconstitucionalidade, não se podendo falar em decadência do direito de revisão do ato administrativo inconstitucional, independentemente se a publicação do registro do ato de aposentadoria ocorreu há mais de 5 anos com base nos precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

[...]

Assim, **acompanhando integralmente o entendimento técnico e parcialmente o Ministerial - diverge-se quanto aos fundamentos apresentados -**, VOTO no sentido de que o Plenário aprove a seguinte minuta de Acórdão que submeto à sua consideração.

RODRIGO COELHO DO CARMO
Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-1411/2022-3

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

1.1. CONHECER os Embargos de Declaração, tendo em vista a presença dos requisitos de admissibilidade previstos na Lei Orgânica 621/2012 e Regimento Interno desta Casa;

1.2. No mérito, **DAR PROVIMENTO PARCIAL**, nos termos do art. 167 da LC 621/2012, art. 1022, incisos I, II e III do CPC e art. 411 do RITCEES, para **NO MÉRITO** julgar parcialmente procedentes os pedidos do Embargante, negando-lhes efeitos modificativos, **para esclarecer a omissão apontada no Acórdão TC 01512/2020-4 – 1ª Câmara (TC-5214/2014) na forma fundamentada neste voto**, com base no

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

> artigo 413 da Resolução TC 261/2013 e recebendo-os apenas em seus efeitos devolutivo e suspensivo, consoante o disposto no §2º do artigo 167, da LC 621/2012;
>
> **1.3. DAR CIÊNCIA** ao Embargante do teor da decisão tomada por este Tribunal;
>
> **1.4. REMETER** os autos ao Ministério Público de Contas, após confecção deste Acórdão nos termos do art. 62, parágrafo único da Lei Complementar nº 621/2012;
>
> **1.5. ARQUIVAR** após trânsito em julgado.
>
> **2.** Unânime
>
> **3.** Data da Sessão: 25/11/2022 – 47ª Sessão Ordinária da 1ª CÂMARA
>
> [...]

Veja-se, então, que prevaleceu a tese defendida pelo NRC na ITR 272/2022 (Processo TC 5832/2020), no sentido de que os atos de concessão da vantagem pessoal *ATS Proporcional*, constituídos a partir das conclusões do Processo Administrativo 11.528/2008 da Prefeitura de Guarapari, são inconstitucionais e nulos.

Neste contexto, entendemos que a aludida tese deve ser observada também no presente caso, posto que a determinação exarada no item 1.3 do acórdão combatido, para suspensão dos pagamentos iniciados em 2008 e 2009 da vantagem denominada *ATS Proporcional*, está em plena consonância com o entendimento pela inconstitucionalidade e nulidade dos atos de concessão da vantagem em questão, sendo tal medida, para os casos em que se aplica, um desdobramento natural e necessário com vistas à cessação de dano ao erário, resguardados o direito ao contraditório e as decisões judiciais acaso existentes, conforme sinalizado pelo próprio item 1.3 do Acórdão TC 1512/2020.

Assim sendo, ratificamos o entendimento externado pelo NRC na ITR 272/2022 (Processo TC 5832/2020), pela inconstitucionalidade e nulidade dos atos de concessão da vantagem pessoal *ATS Proporcional* da Prefeitura de Guarapari (Processo Administrativo 11.528/2008), destacando que o pedido de revisão sob análise não logrou êxito em descaracterizar tais vícios, de sorte que não vislumbramos a hipótese de alteração do Acórdão TC 1512/2020 – 1ª Câmara, mediante a revisão do seu item 1.3.

3. CONCLUSÃO

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

Diante do exposto na presente instrução técnica, opinamos, quanto ao mérito, pelo **NÃO PROVIMENTO** do pedido de revisão apresentado por *Marleno Medeiros Oliveira*, na condição de Diretor-Presidente do *Instituto de Previdência dos Servidores do Município de Guarapari* (IPG), mantendo-se incólume o Acórdão TC 1512/2020 – 1ª Câmara, proferido nos autos do Processo TC 5214/2014 (Tomada de Contas Especial Convertida).

Desse modo, pelos elementos constantes nos autos e pelas considerações acima delineadas, acompanho o entendimento da Área Técnica e do *Parquet* de Contas, adotando-o como razões de decidir.

3. DOS DISPOSITIVOS:

Ante o exposto, **acompanhando o posicionamento técnico e ministerial**, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a minuta de deliberação que submeto à apreciação.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA
Conselheiro Relator

ACÓRDÃO:

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. NEGAR PROVIMENTO ao Pedido de Revisão, apresentado pelo senhor Marleno Medeiros Oliveira, na condição de Diretor-Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores do Município de Guarapari (IPG), mantendo-se incólume os termos do Acórdão TC 1512/2020-4 –1ª Câmara, proferido nos autos do Processo TC 5214/2014-3 (Tomada de Contas Especial Convertida), conforme razões expendidas no item 2.2. do voto;

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472

2. DAR CIÊNCIA desta decisão aos interessados, apensando-se os presentes autos ao Processo TC 5214/2014-3, na forma do artigo 425[2] e parágrafo único, da Resolução TC nº 261/2013 – RITCEES, com o posterior **arquivamento**.

[2] **Art. 425.** O pedido de revisão tramitará em autos próprios até o trânsito em julgado da sua decisão. **Parágrafo único.** Os autos do pedido de revisão, julgado integral ou parcialmente procedente, serão apensados ao processo de prestação ou tomada de contas.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 90BE1-3E83E-AA472