



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

Relator: Rodrigo Coelho do Carmo

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, 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

Recorrente: INSTITUTO DE PREVIDENCIA DOS SERVIDORES DO MUNICIPIO DE GUARAPARI / ES - IPG, MARCIO JOSE SIQUEIRA PINHEIRO

Procuradores: GRACIELA VIEIRA DE REZENDE (OAB: 18124-ES), WILLIAN DA MATTA BERGAMINI (OAB: 11459-ES), HELIO DEIVID AMORIM MALDONADO (OAB: 15728-ES)

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – CONHECER –
OMISSÃO - DAR PROVIMENTO PARCIAL – 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”.**

O CONSELHEIRO RELATOR SR. RODRIGO COELHO DO CARMO:

I – RELATÓRIO

Tratam-se os autos de Embargos de Declaração, interpostos pelo Instituto de Previdência dos Servidores do Município de Guarapari - IPG em face do **Acórdão TC 01512/2020-4 – 1ª Câmara**, prolatado nos autos do Processo TC 5214/2014-3, que tratou de Tomada de Contas convertida a partir de Representação, cujo objeto principal fora referente à fiscalização de pagamentos irregulares e não atendimento à medida cautelar exarada por este Tribunal de Contas.

Os presentes embargos buscam obter a modificação dos termos do Acórdão TC 1512/2020-4, *in verbis*:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL CONVERTIDA – EXERCÍCIO DE 2014 – PLANTÃO FISCAL – HORA EXTRA – DAS ATENDIMENTO MEDIDA CAUTELAR – RESSARCIMENTO – PLANTÃO FISCAL – ABATE-TETO – ADICIONAL TEMPO DE SERVIÇO – REJEITAR PARCIALMENTE RAZÕES DE JUSTIFICATIVAS – ACOLHER RAZÕES DE JUSTIFICATIVAS – DETERMINAR – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR

- 1.*** O cargo de confiança que não pode ser confundido com o do servidor comum, seja ele celetista ou estatutário, por sua natureza é aquele em que a pessoa exerce sua função sem carga horária definida, e ao inteiro dispor daquele que o nomeou, não podendo, por isso, fazer jus ao pagamento de horas extras.
- 2.*** É exigível do gestor responsável uma conduta, em que se tenha conhecimento das vedações impostas em Lei, e se resguarde a administração de possíveis atos lesivos.
- 3.*** Servidor comissionado, não pode ser considerado sinônimo de jornada laboral ilimitada, obrigando o servidor a prestar um serviço que ultrapassa a sua jornada habitual de trabalho, sem receber o pagamento correspondente pelas horas excepcionais dedicadas ao trabalho.
- 4.*** O Parecer Consulta TC 8/2018 registra que estão excluídos do teto remuneratório as vantagens de caráter indenizatório que configurem a reparação de despesas extraordinárias realizadas em razão do cargo; também as parcelas de natureza especial, como o décimo terceiro salário, o terço constitucional de férias, o adiantamento de férias, o trabalho extraordinário de servidores, o abono de permanência em serviço e a remuneração pelo exercício do magistério, por final registra que estão excluídas do teto as hipóteses de acumulação lícita de remuneração, subsídio, proventos ou pensões, em que serão considerados os tetos respectivos isoladamente.
- 5.*** A fórmula de cálculo em cascata, que acrescenta o valor do Adicional por Tempo de Serviço (ATS) ao salário base para compor a base de cálculo da gratificação de assiduidade e do quinquênio, não encontra amparo legal na legislação municipal e tampouco na Constituição Federal.
- 6.*** É incabível o desconto das diferenças recebidas indevidamente pelo servidor, em decorrência de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública, quando constatada a boa-fé do beneficiado.

Recebidos os autos, foram estes encaminhados à Secretaria Geral das Sessões – SGS para certificação acerca da tempestividade recursal, que se manifestou por ocasião do Despacho nº 45855/2020-6 (evento 04), informando que a interposição do recurso foi **tempestiva**.

Após apensamento dos autos ao Processo TC-5214/2014-3, foram submetidos à análise do Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas- NRC que se manifestou, por meio da **Instrução Técnica de Recurso 272/2022-2** (evento 07), pelo **conhecimento parcial** do presente recurso, e no mérito que seja dado **provimento parcial, negando, todavia, efeitos modificativos ao acórdão embargado**.

Em atendimento ao rito regimental, o feito foi submetido à apreciação do Ministério Público de Contas que, por meio de **Parecer 4699/2022-1** (evento 10), que apesar de discordar dos fundamentos constantes na ITR, **anuiu** à proposta técnica de que os embargos de declaração sejam parcialmente conhecidos e julgados parcialmente procedentes, negando-lhe efeitos modificativos.

Ato contínuo, os autos foram encaminhados a este gabinete por meio da remessa 20267/2022-3 (evento 11). É o que importa relatar.

II – DOS PRESSUPOSTOS RECURSAIS

II.1 – TEMPESTIVIDADE

Compulsados os autos verifica-se que os presentes **Embargos de Declaração** foram protocolizados em **14/12/2020** e que a notificação do Acórdão TC 1512/2020 – 1ª Câmara, prolatado no Processo TC 5214/2014, foi disponibilizada no Diário Oficial Eletrônico deste Tribunal no dia 07/12/2020, considerando-se publicada no dia **08/12/2020**.

Considerando o disposto no art. 411, § 2º¹ do Regimento Interno deste Tribunal, o prazo para interposição de Embargos de Declaração em face do mencionado Acórdão, expirou em **14/12/2020**. Portanto **TEMPESTIVO** o presente Embargo.

¹ **Art. 411.** Caberão embargos de declaração quando houver obscuridade, omissão ou contradição em acórdão ou parecer prévio emitido pelo Tribunal.

II.2 – ADMISSIBILIDADE

Quanto à regularidade formal, requisito extrínseco de admissibilidade que consiste na necessidade de o recorrente atender às formalidades especificadas na norma de regência para o processamento do recurso interposto, verifica-se quanto à legitimidade que os presentes embargos foram interpostos pelo Instituto de Previdência dos Servidores do Município de Guarapari – IPG, pessoa jurídica de direito público, que consta no rol de responsáveis do processo TC-5214/2014-3.

Assim, no que tange a legitimidade recursal, **acompanho a equipe técnica e corpo ministerial desta Casa, no sentido de conhecer as razões recursais**, tendo em vista a legitimidade e o interesse recursal do embargante.

II.3 – CABIMENTO

No que concerne ao cabimento dos Embargos, a Lei Complementar Estadual nº 621, de 08 de março de 2012, estabelece:

Art. 152. Cabem os seguintes recursos nos processos em tramitação no Tribunal de Contas:

[...]

III - embargos de declaração;

Art. 167. Cabem embargos de declaração quando houver **obscuridade, omissão ou contradição** em acórdão ou parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas.

§ 1º Os embargos de declaração serão opostos por escrito pela parte, pelo interessado ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em petição dirigida ao Relator **com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissão, dentro do prazo improrrogável de cinco dias**, vedada a juntada de qualquer documento.

§ 2º Os embargos de declaração interrompem os prazos para cumprimento do acórdão e parecer prévio embargados e para interposição dos demais recursos previstos nesta Lei Complementar.

Conforme se depreende dos referidos dispositivos legais, os Embargos de Declaração são cabíveis quando houver, no acórdão ou no parecer prévio, obscuridade, omissão

§ 2º Os embargos de declaração serão interpostos dentro do prazo improrrogável de cinco dias, contados na forma da Lei Orgânica do Tribunal.

ou contradição conforme inteligência dos artigos 167, *caput*², da LC 621/2012 e 1022, I, II e III³, do CPC 2015, Lei 13.105, de 16 de março de 2015).

Tendo em vista que o presente expediente recursal apresenta alegações apontando possíveis ocorrências de omissão, contradição e obscuridade no julgado embargado, entende-se o mesmo como **CABÍVEL**.

Dessa forma, presentes os pressupostos recursais de admissibilidade, e inexistindo fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, CONHEÇO dos presentes Embargos de Declaração.

III – DO MÉRITO RECURSAL

De acordo com a definição trazida em lei, através do art. 167, *caput*, da Lei Orgânica do TCEES e do art. 1022, incisos I, II e III, do CPC, a espécie recursal em apreço é cabível quando houver omissão, contradição ou obscuridade.

Alega o embargante, que no julgamento do Processo TC- 5214/2014, que culminou no Acórdão TC 01512/2020-4 – 1ª Câmara, houve **contradição, obscuridade e omissão**, notadamente quanto às seguintes questões:

*“ Item III: **alega contradição** e traz como objeto de esclarecimento a forma de aplicação do contraditório em relação aos servidores afetados que foi determinado no Acórdão 1512/2020-4. Em síntese, alega haver contradição na decisão embargada uma vez que o IPG não teria competência para rever ou modificar as decisões do TCE-ES.*

*. Item IV, parte 1: **alega omissão**: em relação ao procedimento a ser tomado em relação a processos de aposentadoria ou pensão registrados há mais de cinco anos, nos quais o servidor*

² (LC 621/2012) **Art. 167**. Cabem embargos de declaração quando houver obscuridade, omissão ou contradição em acórdão ou parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas.

³ (CPC 2015) **Art. 1.022**. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:
I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;
II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;
III - corrigir erro material.

adquiriu a vantagem estatutária ATS Proporcional. Alega, em síntese, necessidade de se reconhecer a decadência para a revisão de tais processos com base princípios como a segurança jurídica.

*. Item IV, parte 2: **alega omissão**: em relação ao fato dos servidores que contribuíram com valores em relação ao recebimento da verba indevida. No caso, o IPG deve devolver ou não essas contribuições?*

*. Item IV, parte 3: **alega omissão** em quando deve ou não o IPG determinar devolução dos valores indevidamente recebidos pelos beneficiários.”*

As questões levantadas devem ser conhecidas diante do reconhecimento da existência de omissão, todavia as razões trazidas na inicial não são suficientes para sustentar os efeitos modificativos requeridos. Há que se destacar que em relação ao item III, trata-se de omissão e não contradição como exposto pelo embargante.

Assim, acompanhando a equipe técnica desta Casa e Corpo Ministerial, conheço dos presentes embargos e passo a análise quanto ao mérito das insurgências levantadas.

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.

Diante do exposto pela equipe técnica desta Casa, o supracitado acórdão tratou do pagamento de adicional de tempo de serviço proporcional, com base em dispositivo legal **revogado há mais de 10 anos do tempo dos fatos**⁴, de acordo com a descrição realizada por meio da Instrução Técnica de Recurso 267/2022 (Evento 08), *in verbis*:

“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 prestados⁵, 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 §3º do artigo 150 autorizava a aplicação do §4º do mesmo art. 150 da Lei Municipal 1278/1991, já revogado desde 1997.

§ 3º 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 nº 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**

⁴ A hipótese de concessão de vantagem pessoal foi promovida através do Processo Administrativo nº 11.528/2008.

⁵ 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 nº 1635/1997)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 1635/1997);

§ 2º 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 nº 1635/1997);

§ 3º 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 nº 1635/1997);

§4º (Revogado pela Lei nº 1635/1997).

**PESSOAS 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 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 reconstituição 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 Lazzari⁶.

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 Lazzari⁷, a criação, a majoração e a extensão de benefício a outros segurados implicam **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 §4º a servidores por meio de processo administrativo.”

O aspecto nodal da presente controvérsia *está relacionado à perpetuação de pagamento de vantagem inconstitucional aos servidores inativos da Prefeitura Municipal de Guarapari, que tiveram a suas aposentadorias homologadas por esta Corte de Contas.*

Pois bem. Os servidores que recebem o benefício previdenciário da aposentadoria estão envolvidos em uma relação de trato sucessivo com a fazenda pública. A publicação do registro desta aposentadoria pelo Tribunal de Contas do Estado do

⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de Castro; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. P. 79.

⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de Castro; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. P. 79.

Espírito Santo constitui o direito de o segurado receber tal benefício mês a mês, mediante o preenchimento de requisitos previamente comprovados.

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. Este posicionamento fora sedimentado pela douta equipe técnica, conforme se depreende em trecho da sobredita ITR:

*“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*)

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.

Dai, exsurge a necessidade de abertura de processo administrativo em relação a estes beneficiários – para a verificação de existência de impedimentos à regularização do cálculo do benefício concretizado por sentença transitada em julgado ou qualquer outro óbice legal, capaz de afastar a correta e devida aplicação do direito posto. No caso de inexistência de sentença judicial transitada em julgado, cabe ao Município a abertura de contraditório aos servidores inativos, por meio de decisão administrativa, para que se manifestem acerca do recebimento das parcelas indevidas – existência de boa-fé objetiva ou não.

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.**

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)

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 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*)

No RE 817338/DF, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, é enfático o entendimento de 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, exceto nos casos em que houver comprovada a má-fé do favorecido.**

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)

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.

III. 4 - DO CONSEQUENCIALISMO DA DECISÃO:

De acordo com a edição da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, notadamente nos artigos 20 a 22⁸, é possível observar o dever do julgador de decidir com transparência, baseado em princípios concretos.

Surge-se daí, a necessidade de uma visão externa e abrangente sobre a questão, no que se refere a retificação do cálculo não só do benefício dos servidores inativos, mas de todos àqueles que foram alcançados pelo ato decisório. É necessário considerar as circunstâncias práticas que impactarão na realidade econômico-financeira de grande parte dos servidores do município de Guarapari, que tiveram ou terão a sua remuneração legalmente reduzida.

⁸ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. ([Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018](#))

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. ([Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018](#))

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. ([Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018](#)) ([Regulamento](#))

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. ([Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018](#))

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. ([Regulamento](#))

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. ([Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018](#))

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. ([Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018](#))

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. ([Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018](#))

Por evidente, o direito positivado não é mero instrumento técnico, há que se observar aspectos relevantes da realidade econômica e social destes servidores, na tentativa de compreender com responsabilidade e racionalidade o real impacto que uma decisão pode acarretar, dentro de uma perspectiva sociológica e consequencialista.

Neste sentido, atento às consequências do caso concreto, sob o prisma da razoabilidade e proporcionalidade é fundamental para a adequada aplicação da medida imposta, que o gestor municipal avalie a possibilidade de recomposição salarial destes servidores (ativos e inativos) por meio da implementação da reestruturação do plano de cargos e salários do Município de Guarapari, considerando a sua legalidade baseada em estudo técnico de impacto orçamentário e fiscal do órgão.

III.5 - CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que cabe ao ente municipal o refazimento dos cálculos⁹ 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*

⁹ Súmula 473, STF: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. Assim, é poder-dever da Administração rever o ato administrativo ilegal, de modo a adequá-lo aos preceitos legais.

aposentado deve devolver os valores indevidamente recebidos da administração”.

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. 167¹⁰ da LC 621/2012, art. 1022¹¹, incisos I, II e III do CPC e art. 411¹² do RITCEES, para **NO**

¹⁰ Art. 167. Cabem embargos de declaração quando houver obscuridade, omissão ou contradição em acórdão ou parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas.

§ 1º Os embargos de declaração serão opostos por escrito pela parte, pelo interessado ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em petição dirigida ao Relator com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissivo, dentro do prazo improrrogável de cinco dias, vedada a juntada de qualquer documento.

§ 2º Os embargos de declaração interrompem os prazos para cumprimento do acórdão e parecer prévio embargados e para interposição dos demais recursos previstos nesta Lei Complementar.

¹¹ Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

¹² Art. 411. Caberão embargos de declaração quando houver obscuridade, omissão ou contradição em acórdão ou parecer prévio emitido pelo Tribunal.

§ 1º Os embargos de declaração serão opostos por escrito pelo responsável, pelo interessado, pelo sucessor ou pelo Ministério

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 artigo 413 da Resolução TC 261/2013¹³ 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

4. Especificação do quórum:

4.1 Conselheiros: Sebastião Carlos Ranna de Macedo (presidente) e Rodrigo Coelho do Carmo (relator).

4.2. Conselheira Substituta: Márcia Jaccoud Freitas (em substituição)

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Presidente

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Relator

Público junto ao Tribunal, em petição dirigida ao Relator.

§ 2º Os embargos de declaração serão interpostos dentro do prazo improrrogável de cinco dias, contados na forma da Lei Orgânica do Tribunal.

§ 3º Os embargos de declaração interrompem os prazos para cumprimento do acórdão e parecer prévio embargados, bem como para interposição dos demais recursos previstos na Lei Orgânica do Tribunal.

§ 4º Na hipótese prevista no parágrafo anterior, os prazos recomeçam a contagem a partir da publicação do acórdão que julgou os embargos.

§ 5º Identificado e apontado pelo Conselheiro Relator argumento que possa resultar em efeito modificativo da decisão impugnada, os embargos de declaração serão remetidos à Secretaria de Controle Externo de Recursos para elaboração de instrução técnica. (Parágrafo acrescido pela Emenda Regimental nº 006, de 29.3.2016).

¹³ Art. 413. Providos os embargos de declaração, a decisão se limitará a corrigir obscuridade, omissão ou contradição apontada pelo recorrente.

CONSELHEIRA SUBSTITUTA MÁRCIA JACCOUD FREITAS

Em substituição

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária Geral das Sessões