TC 2.183/2007

CONSULTA. CMSP. Devolução de importâncias recebidas a maior por servidores ocupantes de cargos em comissão que se aposentaram junto ao INSS. 1. Não cabimento da devolução das importâncias recebidas decorrente de interpretação errônea do § 13 do art. 40 da CF/88. Comprovada a boa-fé dos servidores. Dec. Mun. 48.138/07. CONHECIDA. Votação unânime.

TC citado 2.911/2002.

5ª Sessão Ordinária Não Presencial

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer da consulta formulada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da Câmara Municipal de São Paulo, à época, Vereador Antônio Carlos Rodrigues, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 61 do Regimento Interno desta Corte, nos termos do quanto apontado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo à fl. 95 do processado.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, quanto ao mérito, reconhecendo que as providências adotadas pela Câmara Municipal estão de acordo com o decidido por este Plenário no Acórdão exarado nos autos do processo TC/002911/2002, item 3.4.5.2., em responder negativamente à consulta formulada, no sentido do não cabimento da devolução das importâncias recebidas decorrente de interpretação errônea do § 13 do artigo 40 da Constituição Federal, em respeito ao princípio da segurança jurídica e da boa-fé dos servidores que não contribuíram para o erro, nos termos do voto do Relator.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar o envio de cópia deste Acórdão à Presidência da Câmara Municipal de São Paulo.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2020.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Consulta formulada pelo então Presidente da Câmara Municipal de São Paulo, Vereador Antonio Carlos Rodrigues, por meio do Ofício nº 66/2007, relativa à questão envolvendo a devolução de importâncias recebidas a maior por servidores ocupantes de cargos em comissão que se aposentaram junto ao INSS, tendo em vista a decisão alcançada por esta Corte de Contas no julgamento do TC nº 2.911/02-25.

O objeto da Consulta foi formulado pelo N. Edil nos seguintes termos:

Diante das conclusões dessa E. Corte de Contas expressas no item 3.4.5.2 do Relatório de Inspeção Parcial feito no âmbito do Processo TC n. 2.911/02-25, que recomendou a esta Casa a "cessação dos direitos relativos ao cargo, no qual o servidor se aposentou", é devida, igualmente, a restituição por parte dos mesmos das importâncias relativas a benefícios oriundos do vínculo anterior à aposentação e por eles percebidas entre a data da aposentadoria e a data da Decisão da Mesa que determinou a cessação desses pagamentos"

Conforme se verifica nos autos, a Câmara Municipal, pelo Ato da Mesa assinado em 09 de agosto de 2005, publicado em 17 de agosto de 2005, determinou as seguintes providências:

1) Declarar a vacância dos cargos ocupados pelos servidores que especifica, a partir das datas das respectivas aposentadorias;

2) Determinar sejam providenciados os atos de nova nomeação para os cargos então ocupados por esses servidores, retroativos à data de suas respectivas aposentadorias.

3) Cessar o pagamento, a esses servidores, de benefícios relativos ao vinculo anterior à aposentação, quais sejam: adicionais de tempo de serviço e gratificação de gabinete tornada permanente na situação anterior.

Em novembro de 2005, o Primeiro Secretário da E. Mesa questionou a necessidade de os servidores devolverem aos cofres públicos as importâncias indevidamente recebidas, ante a possível ausência de boa-fé no recebimento das mesmas, diante de julgados que reconheceram aquelas condições (fls. 10/11).

A Advocacia e Consultoria Jurídica da E. Câmara, no parecer ACJ nº 281/2006 (fls. 12/21), concluiu pelo não cabimento da devolução das importâncias recebidas, entretanto a Mesa, em decisão proferida e publicada em 02 de maio de 2007 (fl. 41), deixando de acolher o parecer da sua Procuradoria Legislativa, determinou a restituição pelos servidores das importâncias recebidas a maior, não sem antes dar oportunidade para que os servidores atingidos apresentassem defesa.

Com as defesas apresentadas por alguns funcionários novas dúvidas foram suscitadas, levando aquela Casa Legislativa, por meio da sua Presidência, a formular a presente Consulta.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em manifestação de fls. 93/113, posicionou-se pela admissibilidade da Consulta *sub examine*, eis que presentes os pressupostos objetivos e subjetivos previstos no Regimento Interno desta Corte e na legislação de regência.

No tocante ao mérito, após minuciosa análise da legislação pertinente e da Jurisprudência das Cortes Superiores, concluiu a Assessoria Jurídica que a presente Consulta deve ser respondida negativamente, tendo em vista que "*os pagamentos indevidos feitos pela Câmara aos servidores que permaneceram no cargo em comissão desde a aposentadoria até 17/08/2005, com fundamento nos §§ 1º e 3º do artigo 3º. do Decreto Municipal nº 48.138/07, não devem ser restituídos ao erário porque decorreram de erro de direito, consubstanciado na interpretação errônea do § 13 do artigo 40 da Constituição Federal, introduzido pela EC 20/98, e pela ausência de legislação específica à época, estando comprovada a boa fé dos servidores que não contribuíram para o erro.*"

Às fls. 115, a Procuradoria da Fazenda Municipal acompanhou a manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo.

Os autos foram então encaminhados à Secretaria Geral, que às fls. 121/125, ressaltou a questão relativa às condições dos servidores ocupantes de Cargos em Comissão junto aos órgãos da Administração e o regime jurídico estatutário veiculado na Lei 8989/79, destacando que a referida Lei regula as relações de todos aqueles que ocupam cargos públicos, sejam efetivos ou em comissão, logo, a aposentadoria voluntária, implica na extinção do vínculo funcional e a consequente cessação do pagamento dos benefícios adquiridos no vínculo anterior.

Registrou, entretanto, que a matéria não é de fácil digressão, pois o servidor ocupante de cargo em Comissão submete-se a um regime jurídico híbrido. Ora aplica-se o regime estatutário, ora aplica-se a CLT, o que justifica a dúvida razoável de se saber se, com a aposentadoria voluntária do servidor em comissão pelo Regime Geral de Previdência Social, restaria caracterizada ou não extinção do vínculo funcional.

No tocante à devolução dos pagamentos efetuados indevidamente até a Decisão daquela Casa que declarou a vacância retroativa dos cargos ocupados pelos servidores aposentados pelo RGPS, com a consequente cessação dos pagamentos dos benefícios relativos ao vínculo anterior à aposentadoria, entendeu ser inaceitável, à luz de toda a jurisprudência levantada e expressa nos autos, bem como de todo o ordenamento jurídico pátrio, a devolução dos valores indevidamente pagos, tendo em vista que não houve incúria da Administração ou má-fé dos beneficiários, mas sim interpretação equivocada do diploma legal que rege os servidores públicos municipais.

É o Relatório.

VOTO

Preliminarmente, **CONHEÇO** da Consulta formulada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da Câmara Municipal de São Paulo, à época, Vereador Antônio Carlos Rodrigues, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 61 do Regimento Interno desta Corte, nos termos do quanto apontado pela AJCE às fl. 95.

Destaco, ainda em sede de avaliação preliminar da admissibilidade, que em que pese a presente Consulta trazer questão fática em seu bojo, seu conteúdo relaciona-se precipuamente à interpretação da legislação vigente, aplicando-se indistintamente a todos os servidores públicos municipais que estejam nas mesmas condições.

No **mérito**, a consulta formulada pelo Nobre Edil, em nome da Câmara Municipal de São Paulo, pretende conhecer a interpretação dada por este Tribunal de Contas quanto à restituição de valores ao Erário referentes a importâncias pagas a servidores decorrentes de benefícios oriundos do vínculo anterior à aposentadoria e por estes percebidas entre a data da aposentação e a data da Decisão da Mesa da Câmara que determinou a cessação de tais pagamentos.

A questão subjacente ao quesito formulado pelo Consulente decorre de decisão da Mesa da E. Câmara Municipal, que acatou as recomendações constantes do Acórdão prolatado por esta Corte no âmbito do TC 2.911/02-25, e determinou a cessação dos direitos relativos ao cargo no qual o servidor se aposentou.

Ato contínuo, a Mesa Diretora daquela Casa Legislativa, deixando de acolher o Parecer nº 281/2006 da sua Procuradoria Legislativa, decidiu determinar a devolução das importâncias recebidas a maior decorrentes dos benefícios oriundos do vínculo anterior à aposentação, percebidas no período da aposentadoria até a data da Decisão da Mesa de 09 de agosto de 2005.

O cerne do quesito formulado pelo Consulente concentra-se em saber se os efeitos da decisão da Mesa da Câmara poderiam retroagir, de forma a se exigir dos servidores beneficiados pela errônea interpretação de dispositivo legal a restituição de valores recebidos de forma indevida.

Sobre essa questão, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, no minucioso parecer de fls. 93/107, destacou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que reconhece ser indevida a restituição ao erário de valores percebidos de forma indevida pelo servidor quando decorrentes de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração (nesse sentido, confira-se as decisões daquela Corte proferidas nos autos do Resp 644716/2004 e Resp nº 488.905/2004).

Nos mesmos passos caminha o Colendo Tribunal de Contas da União, conforme pode-se extrair do teor da Súmula 249 daquela Corte, segunda a qual:

> *"É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais."*

Tanto o entendimento da Colenda Corte Superior de Justiça quanto do Tribunal de Contas da União delimitam as consequências diversas do recebimento indevido de valores por servidores públicos quando decorrentes de ilegalidade manifesta ou de erro de cálculo, daquelas situações em que se verifica a errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública, caso em que fica caracterizada a boa-fé do servidor, sendo descabida a restituição do pagamento indevido.

Nesse mesmo sentido, com a edição do Decreto Municipal nº 48.138, de 13 de fevereiro de 2007, que regulamenta as situações de ressarcimento ao erário, a legislação Municipal passou a encampar expressamente o entendimento já consolidado no âmbito do STJ e do TCU, conforme se verifica no artigo 3º, *caput* e § 1º, do citado ato normativo:

> *Art. 3º. São* ***irrepetíveis os valores recebidos de boa-fé pelos servidores em virtude de erros de direito cometidos pela Administração****, até que sejam sanados.* **(grifei)**
> *§ 1º. Os* ***erros de direito compreendem os pagamentos indevidos feitos em decorrência da interpretação equivocada de norma legal, desde que razoável*** *e fixada em caráter oficial pelo órgão competente da Administração.* **(grifei)**

Conforme destacado nos pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral desta Corte, a situação trazida nos autos caracteriza a hipótese de erro de direito ou de má aplicação da lei, nos moldes do Decreto citado, conforme se verá adiante.

O estatuto dos servidores públicos municipais, a Lei nº 8.989/79, regula as relações com a Administração Pública municipal de todas as pessoas que ocupam cargos públicos, sejam estes de provimento efetivo ou em comissão. Assim, nos termos do art. 62, inciso VI daquela Lei, a aposentadoria é uma das formas de vacância do cargo público, implicando na extinção do vínculo funcional, com a consequente cessação do pagamento dos benefícios adquiridos no vínculo anterior, tendo em vista que já incorporados para fins de cálculo das vantagens que irão compor os proventos de aposentadoria.

Assim, a eventual permanência em cargo de livre nomeação e exoneração de servidor aposentado deverá ocorrer por meio da constituição de novo vínculo funcional, mediante novo ato de provimento a ser realizado pela Administração Pública.

Entretanto, o entendimento inicial conferido pela Câmara dos Vereados à matéria foi no sentido de que a concessão de aposentadoria pelo Regime Geral não seria causa de extinção do vínculo jurídico funcional entre a Administração e o servidor, de forma que, em razão dessa interpretação, não atribuía qualquer efeito jurídico à aposentadoria em relação ao vínculo funcional do servidor.

Nesse sentido, conforme bem apontado no irretocável parecer da lavra da ilustre Assessora de Controle Externo, Dra. Roseli de Morais Chaves: *"Por certo aplicou a Câmara aos titulares de cargos comissionados o mesmo tratamento que vinha conferindo aos servidores daquela Casa Legislativa submetidos à Consolidação das Leis do Trabalho, onde a aposentadoria não é causa de extinção do vínculo contratual, segundo a mais recente jurisprudência do Excelso Pretório (...). De fato, após o entendimento expressado pelo STF, a aposentadoria concedida pelo Regime Geral da Previdência Social ao trabalhador não impõe a extinção automática do contrato de trabalho, pois o que se busca é a proteção da relação de emprego, em última análise, do trabalhador".*

Com a edição da Emenda Constitucional nº 20 que incluiu o parágrafo 13 ao art. 40 da Constituição Federal, esta passou a dispor que ao servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração aplica-se o regime geral de previdência social. Ocorre que o Estatuto do Funcionalismo Municipal não diferencia as consequências, no que toca ao rompimento do vínculo funcional, decorrentes da aposentadoria concedida pelo Regime Geral da Previdência Social daquela concedida pelo Regime Especial, aplicado exclusivamente aos servidores ocupantes de cargo público de provimento efetivo.

Verifica-se, assim, que a matéria não é de simples aplicação, pois o servidor ocupante de cargo em Comissão submete-se a um regime jurídico híbrido, uma vez que sujeito em sua vida funcional ao regime estatutário, porém, em relação à aposentadoria submetido ao Regime Geral da Previdência assim como um trabalhador celetista, conforme estabelece o artigo 40, § 13 da Constituição Federal, fato que justifica a dúvida razoável de se saber se, com a aposentadoria voluntária do servidor em comissão pelo Regime Geral de Previdência Social restaria caracterizada ou a não extinção do vínculo funcional, o que justifica a conduta inicial da Câmara, fundamentada em erro de interpretação da lei.

Diante do exposto, concluo que as providências adotadas pela E. Câmara Municipal relatadas nos presentes autos foram de acordo com o decidido por este Plenário no Acórdão exarada nos autos do TC 2.911-02-25, item 3.4.5.2.

No tocante à questão da devolução ou não das importâncias indevidas pagas aos servidores daquela Casa, decorrentes de erro de interpretação cometido pela Administração da Mesa da Câmara Municipal, considerando o princípio da segurança jurídica, da boa-fé dos servidores envolvidos e tendo em conta a jurisprudência consolidada acerca da matéria pelos Tribunais Superiores, além da previsão contida no Decreto Municipal nº 48.138/07, respondo negativamente à presente Consulta, concluindo pelo não cabimento da devolução das importâncias recebidas decorrente de interpretação errônea do § 13 do art. 40 da Constituição Federal, estando comprovada a boa-fé dos servidores que não contribuíram para o erro.

Envie-se cópia deste resultado à Presidência da Câmara Municipal de São Paulo.

Após as comunicações de praxe, **ARQUIVEM-SE** os autos.