



“Assim, meu entendimento passa a ser de que, identificado, por parte desta Corte, o pagamento indevido a servidores, a matéria deverá ser analisada caso a caso, sabendo-se que a reposição ao erário somente poderá ser dispensada quando verificadas cumulativamente as seguintes condições:

- Presença de boa-fé do servidor e do administrador;
- 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; e
- Interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração.”

Conselheiro Marco Antonio Barbosa de Alencar
Processo 200.850-3/02

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL

Trata o presente processo de Tomada de Contas Especial *ex-officio* na Prefeitura Municipal de Laje do Muriaé, convertida em atendimento à decisão desta Corte de 24/06/2004, conforme Voto do Conselheiro José Maurício de Lima Nolasco (fls. 120/125), em razão de pagamentos indevidos a título de incorporações e gratificações, além de parcelas a servidores sem vínculo eficaz com a Prefeitura.

Na ocasião, foi decidida a Citação do Sr. José Eliezer Tostes Pinto, Prefeito Municipal, à época, para que apresentasse razões de defesa ou recolhesse a quantia equivalente a 198.821,28 UFIR-RJ, assim composta:

- 12.243,97 UFIR/RJ decorrentes de despesas ilegalmente realizadas, com pagamento de parcelas indevidas a título de incorporações (Capítulo III, Subitem 3.1.1);
- 153.610,54 UFIR/RJ decorrentes de despesas ilegalmente realizadas, com pagamento de parcelas indevidas a título de gratificações (Capítulo III, Subitem 3.1.3);
- 32.966,77 UFIR/RJ decorrentes de despesas ilegalmente realizadas, com pagamento de parcelas indevidas a servidores sem vínculo eficaz com a Prefeitura (Capítulo III, Subitem 3.1.3).

Em 24/06/2004, foi decidida, também, a Comunicação do Sr. José Eliezer Tostes Pinto para que cumprisse determinações.

Inconformado, o responsável apresentou Recurso de Reconsideração que, em Sessão de 31/01/2005, não foi conhecido, sendo acolhido como razões de defesa, conforme Voto do Conselheiro Aluisio Gama de Souza (fls. 148/150).

Em 17/04/2007, nova apreciação do Plenário. Desta vez, como constou de meu Voto (fls. 225/226), foi decidida a Comunicação ao Prefeito Municipal, Sr. José Geraldo Pereira de Carvalho, para que encaminhasse a este Tribunal a prova de que os valores pagos aos beneficiários servidores estatutários da Prefeitura de Laje do Muriaé estão de fato sendo ressarcidos mediante desconto em folha, além das medidas adotadas para ressarcimento dos valores pagos a beneficiários que não pertencem ao quadro efetivo da Prefeitura.

Em resposta, foi apresentada a documentação de fls. 234/265 (Doc. TCE-RJ nº 19.688-7/07), onde o Prefeito declara que estão sendo procedidos os descontos em folha

dos servidores relacionados nos subitens “a” e “b”, de fls. 218/219, anexando cópia das folhas de pagamento de março, abril e maio de 2007. Nelas, verifica-se o lançamento de desconto mensal de R\$ 50,00 para cada servidor.

O Corpo Instrutivo, às fls. 268/277v, efetua sua análise. Entende que o dano ao erário relativo ao pagamento de parcelas indevidas a título de gratificação (153.610,54 UFIR-RJ) e ao pagamento de função gratificada sem vínculo efetivo com o Município (32.966,77 UFIR-RJ) deve ser ressarcido pelo ordenador de despesa.

Após abordar outros aspectos, o Corpo Instrutivo sugeriu:

- a Irregularidade das Contas do Sr. José Eliézer Tostes Pinto, ex-Prefeito Municipal de Laje do Muriaé, com a Citação do mesmo para que recolha o débito apurado no montante de 186.577,41UFIR-RJ;
- a Notificação do Sr. José Eliézer Tostes Pinto para que apresente defesa para o não atendimento à decisão de 24/06/2004 (fls. 124), relativas ao item 3, de fls. 111, abaixo transcritos:

“3.1 – adote as medidas necessárias para que se faça cessar o vínculo ilegal de todas as pessoas em exercício exclusivo de função gratificada, em virtude do disposto no art. 41 c/c art. 2º e 10 da Lei Municipal nº 04/70, de 30/12/70 (item 3.1.3);

3.2 – suspenda o pagamento da parcela relativa à “gratificação”, até que sejam definidos, em instrumento adequado, critérios objetivos para a sua concessão, em respeito ao Princípio da Impessoalidade, inserto no caput do art. 37 da CR/88 (item 3.1.3);

3.3 – suspenda o pagamento da parcela relativa à “VPA”, até que sejam esclarecidos, em instrumento adequado, critérios utilizados à época para sua concessão, em respeito ao Princípio da Impessoalidade, inserto no caput do art. 37 da CF/88 (item 3.1.2);”

- a Comunicação ao atual Prefeito Municipal de Laje do Muriaé para que cumpra e comprove a este Tribunal as providências adotadas, com relação às determinações do item 4 letras “a” até “f” (fls. 271v/272), a seguir transcritas:

“a) adote as providências necessárias visando à SUSPENSÃO, a partir de sua ciência, de qualquer pagamento referente a parcela FG a servidores sem vínculo efetivo com a Prefeitura, eis que funções gratificadas são destinadas exclusivamente a servidores efetivos, conforme disposto no inciso V do art.37 da

CF/88, SOB PENA de responsabilizar-se por valores indevidamente pagos e sujeitando-se a apuração em Tomada de Contas visando ao ressarcimento ao Erário Municipal.

b) adote as providências necessárias visando à SUSPENSÃO, a partir de sua ciência, de qualquer pagamento referente a parcela “gratificação Lei 386/99” a todos os servidores, até que sejam definidos, em instrumento adequado, critérios objetivos para sua concessão, em respeito ao Princípio da Impessoalidade, inserto no caput do art. 37 da CR/88, SOB PENA de responsabilizar-se por valores indevidamente pagos e sujeitando-se a apuração em Tomada de Contas visando ao ressarcimento ao Erário Municipal.

c) INSTAURE, nos termos dos artigos 10, 11 e 12 da Lei Complementar Estadual nº 63/90 e Deliberações TCE nº 165/92, 166/92, 193/96 e 219/00, TOMADA DE CONTAS ESPECIAL com vistas à apuração, no prazo regimental, dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano ao erário público municipal consoante ao pagamento, a partir de janeiro de 2003, da parcela “gratificação Lei 386/99”, a ocupantes de FG sem vínculo efetivo, em virtude dos fatos abordados na presente instrução;

d) adote as medidas necessárias para que se faça cessar o vínculo ilegal de todas as pessoas em exercício exclusivo de função gratificada, em virtude do disposto no art. 41 c/c art. 2º e 10 da Lei Municipal n.º 04/70, de 30/12/70 (item 3.1.3);

e) suspenda o pagamento da parcela relativa à “VPA”, até que sejam esclarecidos, em instrumento adequado, critérios utilizados à época para sua concessão, em respeito ao Princípio da Impessoalidade, inserto no caput do art. 37 da CF/88 (item 3.1.2);

f) Encaminhe relatório referente ao ressarcimento do valor correspondente a 12.243,97 UFIR-RJ, relativo ao pagamento de incorporações indevidas aos servidores efetivos citados às fls. 8 do relatório de Inspeção, contendo o valor individualizado da dívida, o número e valor das parcelas previstas para desconto em folha - em UFIR - (cuja conversão para real deve ser efetuada somente na data do pagamento) e o mês/ano do primeiro e do último débito, e assinatura com a ciência do servidor.”

Em Sessão de 14/10/2008, houve nova apreciação plenária. Desta vez, os autos foram baixados em Diligência Interna para que fossem quantificados os valores recebidos por beneficiário, conforme comentado na fundamentação do Voto (fls. 279/286).

Posteriormente, às fls. 289/291, a 3ª IGP levanta dúvidas quanto à exequibilidade da decisão para, ao final, propor que suas considerações sejam submetidas ao Plenário. As dúvidas apontadas pela 3ª IGP podem ser assim resumidas:

“A jurisprudência das Cortes Superiores, a partir do julgamento do Recurso Especial 488.905 de 17.08.04 do STF, tem se firmado no sentido de ser inviável a restituição de valores pagos indevidamente pela Administração Pública por errônea interpretação ou má aplicação da lei quando houver boa-fé dos servidores beneficiados.

“REsp 488.905 / RS; GRATIFICAÇÃO. RECEBIMENTO. ERRO. ADMINISTRAÇÃO. DEVOLUÇÃO. INVIABILIDADE. Rel.Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 17/8/2004. Descabe a restituição dos valores de gratificação percebidos de boa-fé pelo servidor, mas pagos em decorrência de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração.”

No mesmo sentido, estão as decisões do Tribunal de Contas da União, como o acórdão n.º 565/2002 – Plenário e 674/2003 – 2ª Câmara – os quais dispensam a devolução das quantias recebidas pelos servidores caso o pagamento de tais quantias decorram de errônea interpretação dada pela Administração a dispositivos legais, ou seja, a aplicação analógica da Súmula 106 do TCU apenas deverá ocorrer quando o pagamento foi feito por errônea interpretação dada pela administração, não subsistindo nos casos em que derive de decisão judicial.

Compartilhamos da preocupação do eminente Conselheiro Relator quanto ao direito de informação prévia dos beneficiários em relação à suspensão das parcelas anteriormente pagas de forma irregular, possibilitando aos mesmos o direito ao contraditório e à ampla defesa, no entanto cremos que tal poderia se dar no âmbito da Administração Municipal, haja vista que, no caso em tela, o simples recebimento de contraprestação pecuniária a maior não enquadraria os servidores (ativos ou inativos) em nenhum dos incisos do artigo 6º da Lei Complementar nº 63/90.

Caso seja ratificada a determinação de chamamento dos beneficiários aos autos, cremos que devemos também atentar para o princípio da economia processual, (...), e ainda ante a iminência dos mesmos recorrerem ao Poder Judiciário (haja vista a vasta jurisprudência citada), (...).

Por fim, destacamos que em consulta recentemente formulada pelo Município de Miracema (Processo TCE nº 216.672-5/08), esta Corte já se manifestou contrariamente à devolução, pelos servidores, de valores percebidos quando os mesmos não tenham concorrido para a consumação de nenhum tipo de dano ou cometimento de ato que tenha descaracterizado sua boa-fé.”

Às fls. 289/291, a Secretaria-Geral de Controle Externo – SGE propõe que seja

dada Ciência ao Plenário acerca da manifestação da 3ª IGP, ratificando sugestão anterior, de fls. 277, para que as Contas do Sr. José Eliézer Tostes Pinto sejam consideradas Irregulares, com a Citação do mesmo para que recolha o débito apurado no montante de 186.577,41 UFIR-RJ, a Notificação do responsável para que apresente defesa para o não atendimento à decisão de 24/06/2004 (fls. 124) e a Comunicação ao atual Prefeito Municipal de Laje do Muriaé para que cumpra Determinações e comprove a este Tribunal as providências adotadas.

O Ministério Público, representado pelo Procurador Horácio Machado Medeiros, manifesta-se no mesmo sentido.

É o Relatório.

Como fundamento para a proposta de reapreciação da matéria ao Plenário, a 3ª IGP baseia-se em 4 (quatro) argumentos:

- O Primeiro Argumento da 3ª IGP:

“Recurso Especial 488.905/RS de 17/08/2004 do STJ”

A jurisprudência do STJ orientava-se no sentido de que o servidor público deveria restituir quantias pagas indevidamente pela Administração, ainda que as tivesse recebido de boa-fé.

Entretanto, a Quinta Turma, a partir do julgamento do Recurso Especial nº 488.905/RS, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU de 13/9/2004, passou a entender não ser devida a restituição de valores recebidos indevidamente em razão de interpretação equivocada ou má aplicação da lei, quando verificada a boa-fé dos servidores beneficiados.

A seguir, extraio alguns trechos do Recurso Especial 488.905/RS:

RELATOR : MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA

RECORRENTE : UNIÃO

RECORRIDO : LEANDRO ANDRADE DO NASCIMENTO E OUTROS

ADVOGADO : GIOVANI ZANATTA E OUTRO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDORES. GRATIFICAÇÃO. RECEBIMENTO INDEVIDO EFETUADO PELA ADMINISTRAÇÃO POR SUA RESPONSABILIDADE. BOA-FÉ NO RECEBIMENTO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES. DESCONTO EM FOLHA. INVIABILIDADE.

Ante a presunção de boa-fé no recebimento da Gratificação em referência, descabe

a restituição do pagamento indevido feito pela Administração em virtude de errônea interpretação ou má aplicação da lei.

Recurso desprovido

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (Relator):

Leandro Andrade do Nascimento e outros impetraram ação mandamental para que fosse determinado à autoridade coatora a abstenção de efetuar os descontos que lhes vinham sendo aplicados por força de “pagamento indevido da GEL”.

A ordem foi denegada (fl. 64), mas o Tribunal a quo, julgando a apelação interposta, culminou por afirmar que os valores recebidos de boa-fé pelo servidor por erro da Administração não estariam sujeitos à devolução.

O apelo não merece amparo.

(...)

Transcrevo, ainda, os seguintes trechos esclarecedores do aresto recorrido que devem ser ratificados (fls. 100v/101):

“No entanto, os autos dão conta que mesmo após a extinção, a administração continuou pagando tal vantagem aos seus servidores até a publicação da Instrução Normativa DPRF/MJ 03/2001, de 26 de abril de 2001, expedida em face das “divergências de procedimentos operacionais realizados pelas Superintendências e Distritos Regionais, quando da interpretação e execução da legislação pertinente a Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada”.

(...)

A tese da autoridade impetrada de que os impetrantes ingressaram no serviço público em 1999, quando já extinta a GEL não prospera, uma vez que até a edição da Portaria DPRF/MJ 03/2001, de 26 de abril de 2001, a própria administração tinha dúvidas, quanto a quem deveria pagar a vantagem. Sendo assim, há que se trabalhar no sentido de presunção de que da boa-fé alegada tem razoabilidade, pois se a administração tem divergências quanto à aplicação da lei, não podem os servidores ser penalizados por isso.”

Em razão do exposto, nego provimento ao presente recurso da União.

Constou, ainda, da fundamentação do Voto do Relator, entendimento do Tribunal de Contas da União, que, à época, vinha flexibilizando o conceito vigente na Súmula nº 235 e dispensando o ressarcimento de valores indevidamente recebidos, mesmo em hipóteses não contidas na Súmula nº 106.

Como está claro na parte final do Voto, o caso ali tratado decorria do pagamento de vantagem sobre a qual a própria administração apresentava dúvidas e divergências na aplicação da lei.

O mesmo entendimento vem sendo aplicado pelo STJ por analogia aos casos de rescisão de sentença judicial, onde não vem sendo possível pretender a restituição de valores recebidos de boa-fé em decorrência de decisão judicial transitada em julgado (p.ex. Recurso Especial nº 644.164 – CE, de 26/04/2006).

DECISÃO

RELATOR MINISTRO PAULO GALLOTTI
ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AUMENTO DE 26,05% (URP DE FEVEREIRO DE 1989). SENTENÇA JUDICIAL RESCINDIDA. DEVOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que não é devida a restituição de valores recebidos de boa-fé em decorrência de decisão judicial transitada em julgado.
2. Recurso especial a que se nega seguimento.

- O Segundo Argumento da 3ª IGP:

“Súmula TCU nº 106”

Nesse ponto, é preciso apresentar o assunto de maneira mais ampla, especialmente quanto ao conteúdo das Súmulas TCU nº 235 e 249. Para isso, transcrevo trechos do Acórdão TCU 820/2007 – Plenário, de 09/05/2007, decorrente da apreciação do Processo 011.721/2003-1, de natureza administrativa, tendo como Relator o Ministro Guilherme Palmeira

Aquele processo, originário da Comissão de Jurisprudência do TCU, tratou da revogação da Súmula n.º 235 e a aprovação de novo projeto de súmula sobre a dispensa de reposição de importâncias indevidamente percebidas por servidores ativos, inativos e pensionistas nas situações especificadas.

“Relatório do Ministro Relator

Cuidam os autos de projeto de súmula aprovado pela Comissão de Jurisprudência

sobre a dispensa de reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos, inativos e pensionistas, nas situações ali previstas. Trata também o processo de projeto de revogação da Súmula TCU n.º 235, igualmente aprovado pela referida Comissão.

(...)

II. A SÚMULA N.º 106 DO TCU

‘O julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente.’

A Súmula n.º 106 foi aprovada na Sessão Ordinária de 25/11/1976, e publicada no DOU de 16/12/1976, sob a relatoria do emérito Ministro Luiz Octavio Gallotti, no contexto da série de Súmulas de n.ºs 61 a 126.

A tese firmada na citada súmula teve como objetivo resguardar a boa-fé de aposentados que, posteriormente às suas inativações, têm seus atos concessórios considerados ilegais. Afinal, o aposentado não poderia ser prejudicado devido à demora no julgamento do ato concessório pelo TCU, e ver-se obrigado a restituir ao erário quantias que recebeu de boa-fé. Assim, o lapso temporal entre a inativação e o julgamento pela ilegalidade da concessão tem sido considerado dispensado de reposição financeira, considerando-se a boa-fé do aposentado.

(...)

Em síntese, não existem quaisquer registros de ressalvas do Tribunal à Súmula n.º 106. Na verdade, o que aconteceu ao longo da existência da citada súmula foi a agregação de deliberações no sentido da liberação do pagamento das importâncias recebidas indevidamente por servidores, com base na boa-fé dos responsáveis, sendo este posicionamento categoricamente rejeitado pela mencionada Decisão n.º 403/1993.

III. A SÚMULA N.º 235 DO TCU

‘Os servidores ativos e inativos, e os pensionistas, estão obrigados, por força de lei, a restituir ao Erário, em valores atualizados, as importâncias que lhes forem pagas indevidamente, mesmo que reconhecida a boa-fé, ressalvados apenas os casos previstos na Súmula n.º 106 da Jurisprudência deste Tribunal.’

A Súmula n.º 235 foi aprovada na Sessão Extraordinária de Caráter Reservado de 08/12/1994, publicada em meio à série de Súmulas n.ºs 222 a 242, no DOU de 03/01/1995, sob a relatoria do Ministro Iram Saraiva.

(...)

De forma que foi afastada de vez a linha dos julgados anteriores, no sentido de aplicar por analogia a Súmula n.º 106 aos casos de recebimentos indevidos, considerados de boa-fé presumida, com dispensa de ressarcimento ao erário.

Entretanto, esse firme posicionamento ao impedir a analogia com a Súmula n.º 106, que realmente não era a mais correta para abrigar a dispensa de ressarcimento de casos outros que não os de aposentadoria, reforma e pensão, praticamente impediu qualquer possibilidade de liberação do ressarcimento nos diversos casos.

Assim, foi se desenvolvendo uma nova modalidade de situação, qual seja a de estabelecer escusas à nova orientação cristalizada na Súmula n.º 235, e dispensar de ressarcimento as importâncias consideradas como pagas indevidamente, todavia amparadas por 'obediência a interpretação de ato normativo realizada por autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão', e em outros casos 'ante a presunção de legalidade dos atos administrativos que ensejaram tais pagamentos, aliada à boa-fé dos servidores e ao caráter alimentar das parcelas salariais'.

(...)

V - A SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO TCU

(...)

Quanto à Súmula n.º 235, pode-se inferir que a mesma não alcançou o objetivo almejado para uma súmula, isto é, atuar como facilitadora das deliberações do Tribunal pela sua simples citação, conforme registrado no art. 275 do Regimento Interno do TCU. Na verdade, o que tem ocorrido é um desgaste através de uma sucessão de decisões em que se discute a gênese e a validade da citada súmula, para negá-la, sob a alegação de que a mesma não permite a possibilidade da opção pela dispensa do ressarcimento da reposição ao erário por servidores públicos, causa primária da analogia à Súmula n.º 106.

Por esse motivo, na referida Sessão de 09/05/2007, o enunciado da Súmula nº 235 foi revogado, tendo sido aprovada na mesma ocasião a Súmula nº 249, que deu novos contornos ao exame da matéria, possuindo o seguinte conteúdo:

SÚMULA N.º 249

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.

A redação final da Súmula nº 249 contou com uma importante participação do Ministro Marcos Bemquerer Costa, que fez sugestão aditiva no sentido de que, no texto proposto, fosse incluída à expressão “erro de interpretação de lei” o adjetivo “escusável”.

Transcrevo trechos das justificativas do Ministro contidas no Acórdão TCU 820/2007 – Plenário, de 09/05/2007:

“A redação proposta explicita que o erro da Administração na aplicação da lei, por si só, não é suficiente para eximir a reposição do valor indevidamente recebido. Para gerar esse efeito, é necessário que o erro seja razoável, justificável, diante das circunstâncias a serem ponderadas e sopesadas em cada caso concreto.

Com essa providência, pretende-se coibir a prática de atos temerários por parte do administrador, que poderia ver, na redação original do projeto, um incentivo à instituição de parcelas e benefícios manifestamente ilegais, até mesmo contrários à letra da lei, e proporcionar um proveito financeiro transitório para grupos ou categorias inteiras de servidores, muitas vezes incluindo a si próprio nesse universo, com prejuízos inestimáveis para a União até que houvesse a repressão do ato por esta Corte de Contas.

Não se trata de uma hipótese esdrúxula, fruto de um exagerado pessimismo quanto à natureza humana. A realidade retratada nos processos submetidos a este Tribunal permite constatar que a má-fé e o dolo estão presentes no cotidiano da vida pública, não merecendo precaução menor do que a consideração devida à boa-fé do destinatário dos pagamentos equivocados.

Sob o ponto de vista do instituidor da vantagem, não se deve tornar ainda mais atraente o benefício financeiro imediato de uma concessão indevida, por meio de um enunciado de jurisprudência que declare a intangibilidade futura desses valores, uma vez que, no momento da decisão, o ônus da irregularidade das contas, distante e incerto, poderá não ter força suficiente para refrear o ato temerário.

Vale salientar que, em situações que abranjam um grande número de beneficiados, a possibilidade de imputação ao gestor de débito e multa de até 100% do dano causado, nos termos dos arts. 19 e 58, caput, da Lei n. 8.443/1992, são insuficientes para proteger o erário, uma vez que a recuperação dos valores devidos pode não se concretizar em razão da insuficiência do seu patrimônio pessoal.

Ao cancelar a Súmula n° 235, este Tribunal remove um impedimento absoluto à dispensa de reposição dos valores indevidamente recebidos, permitindo que o cabimento dessa providência seja avaliado caso a caso. Não deveria incidir no extremo oposto, o da impossibilidade de obtenção de restituição, quando as circunstâncias revelarem a irrazoabilidade da interpretação levada a efeito pelo administrador.

Creio que a qualificação do erro de interpretação como escusável vem equilibrar as duas situações.

Quanto à definição do que seja um erro escusável de interpretação de lei, entendo que essa tarefa deve ser enfrentada in concreto. Dada a diversidade de fatores relevantes para esse mister, tal como a novidade do diploma interpretado, a existência de dissenso ou mudança de orientação jurisprudencial, a doutrina jurídica, a prática reiterada do ato por outros órgãos da administração e outros tantos fatores significativos, é inconveniente, senão infrutífero, buscar um enunciado que contemple todas essas hipóteses.

Nem por isso trata-se de matéria estranha ou impenetrável para o controle externo. De ordinário, sempre que as contas da entidade apontam um ato ilegal, esse juízo de gravidade e de reprovabilidade do erro é realizado para fins de enquadramento do mérito.

(...)

Por fim, preocupa-me o efeito exemplar que poderia ter, para os demais órgãos de controle externo, uma declaração tão ampla, por parte do TCU, no sentido de que é dispensada a reposição dos valores indevidamente pagos, bastando para tanto a boa-fé do servidor beneficiado e o erro jurídico por parte do Administrador, razão que me leva a formular a presente proposta. Se adotada a redação originalmente proposta, o TCU poderia deixar de aplicar a Súmula, justificadamente, nos casos de abusos cometidos pelos gestores. Mas os termos do enunciado poderiam ser indevidamente invocados pelo País afora para acobertar situações ilegitimamente constituídas, argumentando-se que nesta Corte nada mais se exige além da boa-fé do beneficiário e do erro jurídico para

efeito de dispensa de reposição. Isso equivaleria à liberação da reposição de quase todos os valores indevidos percebidos, uma vez que a boa-fé do beneficiário é presumida e que toda concessão indevida resume-se, em última análise, a um erro jurídico. A restituição só seria exigível nas hipóteses de erro de fato e de falta de fundamentação do ato concessório.”

- O Terceiro Argumento da 3ª IGP:

“O Princípio da Economia Processual

Deixo de tecer maiores comentários no momento, por entender que esse argumento deve ser analisado de acordo com o montante dos recursos envolvidos, o que ainda não está sendo enfrentado nessa parte do Voto.

- O Quarto Argumento da 3ª IGP:

Consulta formulada pelo Município de Miracema (Processo TCE nº 216.672-5/08)

Sobre o Voto da lavra do Conselheiro Julio Lambertson Rabello, em 23/10/2008, transcrevo o seguinte trecho:

Não podemos olvidar que o desconto em folha de pagamento é lícito nos casos que o servidor público tenha cometido ato de improbidade administrativa ou tenha contribuído para o cometimento de equívocos que importem em concessão de vantagens ilícitas. Tal autorização encontra-se no § 4º do art. 37 da Constituição Federal:

“§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Entretanto, é premente esclarecer que os servidores que receberam os valores incorporados aos seus vencimentos o fizeram, ao que me parece, de boa-fé, pois acreditavam que possuíam tal direito e, também, que estavam respaldados por norma contida na própria Lei Orgânica do Município.

Dito por outras palavras, entendo que a partir do momento em que o servidor não concorreu para a consumação de nenhum tipo de dano ou cometimento de ato que descaracterizava a boa-fé, não está sujeito ao desconto em folha de pagamento das parcelas já recebidas, eis que inexistente previsão legal que ampare tal prática.

Destarte, não há que se falar em devolução dos valores percebidos, ainda que equivocadamente, já que não foi cometido qualquer ato capaz de descaracterizar a boa-fé dos servidores beneficiados.

(...)

Por sua vez, o Tribunal de Contas da União, em tais circunstâncias, tratando-se de casos em que sejam verificados recebimentos de parcelas indevidas, como tais declaradas quando do exame da legalidade e uma vez constatada a boa-fé, dispensa a devolução das importâncias já recebidas pelo interessado, a teor da Súmula 106, verbis:

“O julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente.”

Ressalte-se que o contrário também é verdadeiro, isto é, constatada a irregularidade pela Administração, porém desconsiderada por esta, descaracterizada estará a boa-fé e, neste caso, os valores recebidos, com o conhecimento da ilegalidade, serão passíveis de restituição.

Assim, ante todas as exposições teóricas e fáticas constantes em meu relatório, concludo que a resposta à presente consulta é pela não devolução dos valores percebidos, ainda que erroneamente, já que não foi cometido qualquer ato capaz de descaracterizar a boa-fé dos servidores beneficiados.

Diante do que foi exposto, passo a apresentar as minhas conclusões sobre a matéria em discussão.

A jurisprudência do STJ tem contornos mais flexíveis do que os previstos na Súmula TCU 249. Em diversos julgados, somente a existência de boa-fé dos servidores tem afastado, na seara judicial, a necessidade de ressarcimento dos valores indevidamente percebidos, ou seja, a orientação daquela Corte Superior tem sido, por vezes, mais benevolente para o funcionalismo público.

Mesmo assim, é bom destacar o objeto do Recurso Especial nº 488.905 – RS, esse referido pela 3ª IGP, e de outro mais recente, o Recurso Especial nº 644.164 – CE.

No primeiro, tratava-se do ressarcimento de gratificação sobre a qual houve, por certo período, pagamentos por divergências na interpretação da lei, essa mencionada na decisão.

No segundo, houve pagamento a servidores em razão de sentença que lhes concedeu índice de 26,06%, a qual foi posteriormente desconstituída. Ou seja, um caso de rescisão de sentença judicial, para o qual não foi considerado possível pretender-se a restituição de valores recebidos de boa-fé.

Os casos acima referidos são exemplos firmes da lógica que o STJ vem seguindo. Porém, os dois casos não abrangem de forma completa as situações tratadas por esta Corte no desempenho de sua função institucional.

Não se pode, com base apenas na boa-fé, permitir que haja lesão ao erário em decorrência de uma ilegalidade flagrante.

No âmbito do TCU, considero de extrema relevância as considerações esposadas pelo Ministro Marcos Bemquerer Costa, anteriormente transcritas.

A preocupação apontada pelo Ministro foi procedente, pois, na redação originalmente proposta para a nova súmula, havia possibilidade do seu uso para atender interesses escusos por gestores e servidores na geração de prejuízos ao erário.

Nas decisões do TCU, encontro referência à Súmula 106 principalmente para os casos de aposentadoria que, mesmo por ocasião da recusa do registro, é dispensado o recolhimento das quantias indevidamente recebidas de boa-fé (Acórdãos 449/2008 e 1548/2009).

Se por um lado está consolidado que “não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública” (Súmula nº 34, de 16/09/2008, da Auditoria Geral da União – AGU), não está vedada a tentativa de ressarcimento, por parte do servidor e/ou administrador, nos casos de:

- Má-fé do servidor (Súmula TCU nº 249);
- Por erro não escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade (Súmula TCU nº 249);
- Por erro operacional da administração (Acórdão TCU 1984/2003 – Primeira Câmara)¹.

Podemos juntar, ainda, o caso previsto em trecho do Voto do Conselheiro Julio Lambertson Rabello (Proc. TCE-RJ nº 216.672-5/08) ao comentar o teor da Súmula 106:

Ressalte-se que o contrário também é verdadeiro, isto é, constatada a irregularidade pela Administração, porém desconsiderada por esta,

1 - Trecho do Acórdão TCU 1984/2003:
“Portanto, a hipótese é da direta aplicação da Súmula 235 - embora não expressa na deliberação objeto do presente recurso -, pela devolução dos valores impugnados, visto que os pagamentos ocorreram sob o manto de erro operacional da Administração do MPDFT e não por conta da existência de dívida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, ou interpretação razoável, embora errônea da lei pela Administração.”

descaracterizada estará a boa-fé e, neste caso, os valores recebidos, com o conhecimento da ilegalidade, serão passíveis de restituição.

Sob essa ótica, entendo que a posição da 3ª IGP, que invoca a Súmula TCU 106, o Recurso Especial nº 488.905 – RS e a Consulta formulada pelo Município de Miracema (Processo TCE nº 216.672-5/08), possui elementos que devem ser aplicados em alguns casos.

Destaco, ainda, que o impedimento de se tentar o ressarcimento de quantias por parte do servidor também não implica, diretamente, no ressarcimento de valores pelo ordenador de despesas.

Assim, meu entendimento passa a ser de que, identificado, por parte desta Corte, o pagamento indevido a servidores, a matéria deverá ser analisada caso a caso, sabendo-se que a reposição ao erário somente poderá ser dispensada quando verificadas cumulativamente as seguintes condições²:

- Presença de boa-fé do servidor e do administrador;
- 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; e
- Interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração.

Passo agora a analisar o caso tratado no presente processo.

Às fls. 271, o Corpo Instrutivo sugeriu a Irregularidade das Contas com a Imputação de Débito na quantia equivalente a 186.577,31 UFIR-RJ. Esse montante decorre dos seguintes fatos:

1º) 153.610,54 UFIR/RJ, decorrente do pagamento de gratificações de janeiro/97 a abril/99, em desconformidade com os preceitos da Lei nº 314/97 (fls. 9-11), a servidores que não os ocupantes dos cargos de chefes de departamento, assessores e diretores, procuradores e secretários de departamento, esses contemplados na referida lei, conforme relatado no Capítulo III, Subitem 3.1.3;

2º) 32.966,77 UFIR/RJ, decorrente do pagamento de gratificações com base na Lei nº 386/99, a doze pessoas que não mantinham nenhum vínculo com

| 2 - Baseado no Voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues, no Acórdão TCU 1.909/2003 – Plenário.

o município, sendo contempladas apenas com “função gratificada” (fls. 12-13), conforme relatado no Capítulo III, Subitem 3.1.3.

O **primeiro fato** decorre de pagamentos realizados indevidamente a título de “gratificação”, no período de janeiro/1997 a abril/1999, que totalizam 153.610,54 UFIR-RJ, feitos de forma aleatória a servidores efetivos e comissionados.

O embasamento para sua realização seria a Lei Municipal nº 314/97, que criou “gratificação especial” variável, até 100% do vencimento. Porém, essa lei destinava-se, apenas, aos chefes de departamento, assessores e diretores, procuradores e secretários de departamento.

Somente com a Lei Municipal nº 386/99 é que tais gratificações poderiam ser concedidas aos funcionários ou servidores.

Considerando que os valores do dano apurado pelo Corpo Instrutivo (tabela de fls. 10/11) são todos anteriores à vigência da Lei nº 386/99 e, ainda, que sua concessão foi feita sem previsão legal, entendo não ser possível enquadrar a situação verificada nesse item naquelas condições expostas às fls. 311 deste Voto, representando a necessidade de imputação de débito ao Prefeito Municipal, em razão da presunção de boa-fé dos servidores.

Nesse ponto, é importante destacar que, em decisão de 31/01/2005 sobre Recurso de Reconsideração interposto pelo responsável à Citação de 24/06/2004, a peça foi recepcionada como Razões de Defesa, mas não houve naquela decisão, ou nas seguintes, manifestação sobre a rejeição dos argumentos apresentados.

Por isso, encontro-me impedido de manifestar-me em definitivo sobre o débito, pois, na fase processual em que o presente se encontra, deverá ser procedida a Comunicação ao Sr. José Eliezer Tostes Pinto, dando-lhe Ciência da rejeição de sua defesa à Citação de 24/06/2004, no que se refere à irregularidade em tela, informando que o recolhimento da quantia apurada, equivalente a 153.610,54 UFIR-RJ, no prazo de 30 (trinta) dias, saneia o processo.

O **segundo fato** decorre do relatado no Capítulo III, Subitem 3.1.3 do Relatório de Inspeção, onde Corpo Instrutivo identificou ocupantes de “função gratificada” que a exercem como único vínculo com a municipalidade. Assim, considera irregular a situação, pois tais funções somente poderiam ser exercidas por servidores legalmente investidos em cargo público. No item em questão, foi apurado um dano de 32.966,77 UFIR-RJ.

Às fls. 11, o Corpo Instrutivo entende que, diante do vínculo ilegal configurado, somente caberiam as parcelas relativas ao labor prestado, não sendo devido o pagamento da parcela “gratificação”. Encontram-se nessa situação os 12 (doze) servidores identificados às fls. 12/13.

Para a quantificação do valor, o Corpo Instrutivo faz referência às folhas de pagamento

constantes das fls. 02/70 do Doc. TCE-RJ nº 45.435-6/02 e das fls. 02/133 do Doc. TCE-RJ nº 45.436-0/02, sendo parte apresentada por meio magnético. Especificamente sobre a irregularidade em tela, menciona a existência de uma relação dos ocupantes de função gratificada, constante das fls. 71/205 do Doc. TCE-RJ nº 45.435-6/02.

Ao consultar as folhas de pagamento juntadas à documentação suporte, não encontro aquelas que tratam do período em questão (maio/1999 a junho/2002). Sobre a relação dos ocupantes de função gratificada, consta, apenas, o valor pago sob o título de “função gratificada”.

Não há informação nestes autos se tal valor seria um adicional ao vencimento pago ao servidor ou se constituiu o único montante efetivamente pago pelo serviço prestado.

Encontro essa informação em 12 (doze) Tomadas de Contas Especiais que tramitam junto ao presente, essas, por sinal, instauradas por um equívoco da Municipalidade ao interpretar a decisão de 12/03/2003.

Naquela ocasião, a determinação de instaurar uma Tomada de Contas Especial constava apenas da sugestão do Corpo Instrutivo (item 5.1.1.2.2.5 – fls. 35), o que não foi acolhido pelo Relator, que tratou a irregularidade em comento como objeto da Notificação dirigida ao Sr. José Eliezer Tostes Pinto (item “I” do Voto – fls. 49). Posteriormente, a mesma irregularidade foi objeto de Citação ao responsável, como já comentado.

As referidas tomadas de contas foram objeto de manifestação plenária em 25/05/2004, sendo decidido o Sobrestamento e Apensação ao presente.

O objeto dessas Tomadas de Contas Especiais é idêntico ao tratado no item em tela, diferindo quanto ao período. Os referidos processos são os seguintes:

PROCESSO TCE-RJ Nº	SERVIDOR
250.124-6/04	ANÍSIO GOULART ROMUALDO
250.126-4/04	THIAGO BASTOS RIOS
250.127-8/04	ANTÔNIO FRANCISCO DA ROCHA FILHO
250.128-2/04	AURENIL LINS RANGEL
250.129-6/04	JOSÉ CARLOS HASTENREITER
250.130-5/04	LUCIA HELENA ROCHA BASTOS
250.131-9/04	LUIZ FERNANDO SIQUEIRA GABETTO
250.132-3/04	LUIZ CARLOS DE SOUZA FREITAS
250.133-7/04	MÁRCIO CEZAR REZENDE DOS SANTOS
250.134-1/04	MOACIR TEIXEIRA JUNIOR
250.135-5/04	RUY HUDSON SANTIAGO DE FREITAS
250.136-9/04	SIMONE FREITAS PEREIRA

Nos casos demonstrados, percebe-se que o servidor era remunerado em duas parcelas. A primeira, denominada “Gratificação de Acordo com a Lei 386/99”, e a segunda, relativa à “Função Gratificada”.

Em 05 (cinco) desses processos³, verifico que a parcela fundamentada na Lei 386/99 é menor que o salário mínimo nacional vigente à época. Ou seja, se considerado como passível de devolução ao erário a parcela relativa à “Função Gratificada”, restaria para esses servidores uma quantia inferior ao salário mínimo nacional, a título de labor prestado. Nessa condição, não estou seguro em imputar o débito relativo à “Função Gratificada”, ao ordenador ou aos servidores.

Entendo que o fato em questão deverá motivar a **Irregularidade das Contas, sem a imputação de débito, por ocasião da decisão definitiva**. Apesar de adotar essa linha, entendo que **o Prefeito Municipal estará sujeito à multa por parte desta Corte**, por contratar servidores sem vínculo eficaz com a Prefeitura, ou seja, sob o título de “função gratificada”, sendo essa própria de servidores efetivos.

O Corpo Instrutivo sugere, também, a Notificação do Sr. José Eliezer Tostes Pinto para que apresente defesa para o não atendimento à decisão de 24/06/2004 (fls. 124), relativas ao item 3 (fls. 111). Acolho a sugestão.

Verifico, ainda, que, em Sessão de 17/04/2007 (fls. 225/226), deixei de acompanhar a sugestão de aplicação de multa ao Sr. José Eliezer Tostes Pinto, para evitar a tramitação do presente em diferentes fases processuais.

O fato que se apresentava naquele momento decorria das irregularidades tratadas no item “5.1.1.1.2” (fls. 32), as quais foram objeto de Notificação ao responsável em Sessão de 12/08/2003 (fls. 49). O Corpo Instrutivo as considerou insatisfatórias, conforme análise de fls. 106/108.

Da mesma forma que a irregularidade tratada no “segundo fato”, entendo que **o responsável estará sujeito à multa por parte desta Corte, quando da decisão definitiva nestes autos**.

Sobre a sugestão de Comunicação ao atual Prefeito Municipal de Laje do Muriaé para o cumprimento das determinações do item 4, letras “a” até “f” (fls. 271v/272), também tenho considerações a fazer.

Como mencionei às fls. 314 deste Voto (segundo fato), o pagamento de “função gratificada” a servidor sem vínculo efetivo com a Prefeitura foi tratado como motivador para a

3 - Proc. TCE-RJ nº 250.124-6/04, 250.126-4/04, 250.128-2/04, 250.127-8/04 e 250.134-1/04.

Irregularidade das presentes Contas, sem resultar na imputação de débito, sendo destacado que o responsável está sujeito à multa por parte desta Corte. Por esse motivo, discordo da proposição contida no subitem “c”.

Sobre as sugestões descritas nos subitens “a” e “d”, que tratam do pagamento de função gratificada a servidores sem vínculo efetivo com a Prefeitura, entendo que possa ser concedido à Administração Municipal um prazo para a regularização da situação.

Quanto ao subitem “b”, cuja sugestão é suspender quaisquer pagamentos sob o título de “Gratificação Lei 386/99” a todos os servidores, discordo da forma com que foi apresentada pela Instrução. Sou da opinião de que esta Corte deva determinar ao Prefeito Municipal que regulamente a concessão do referido benefício, adotando critérios objetivos, em observância ao princípio da impessoalidade.

O mesmo entendimento pode ser aplicado à parcela relativa à “VPA”, tratada no subitem “e”.

Sobre o subitem “f”, também discordo, visto que o procedimento de ressarcimento de valores pelos servidores já está em curso, estando a cargo da Prefeitura o controle das quantias a serem ressarcidas ao erário público.

Finalmente, ressalto que o Prefeito Municipal ainda está sujeito à sanção por parte desta Corte, quando da decisão definitiva nestes autos, em razão das seguintes irregularidades:

- por contratar servidores sem vínculo eficaz com a Prefeitura, ou seja, sob o título de “função gratificada”, sendo essa própria de servidores efetivos, objeto de Citação ao responsável em 24/06/2004;
- aquelas tratadas no item “5.1.1.1.2” (fls. 32), as quais foram objeto de Notificação ao responsável em Sessão de 12/08/2003.

Assim, por estar parcialmente de acordo com o Corpo Instrutivo e com parecer do Ministério Público,

VOTO:

1 - Pela REJEIÇÃO da defesa apresentada pelo Sr. José Eliezer Tostes Pinto, Prefeito Municipal, à época, em razão da Citação de 24/06/2004, no que se refere ao pagamento de gratificações de janeiro/97 a abril/99, em desconformidade com os preceitos da Lei nº 314/97 (fls.9-11), a servidores que não os ocupantes dos cargos de chefes de departamento, assessores e diretores, procuradores e secretários de departamento, esses contemplados na referida lei, conforme relatado no Capítulo III, Subitem 3.1.3;

2 - Pela NOTIFICAÇÃO do Sr. José Eliezer Tostes Pinto, atual Prefeito Municipal de Laje do Muriaé, com base no disposto no art. 6º, § 2º, da Deliberação TCE-RJ n.º 204/96, a ser efetivada na forma do art. 3º da Deliberação TCE-RJ n.º 234/2006, alterada pela Deliberação TCE-RJ n.º 241/2007, ou, na impossibilidade, na ordem seqüencial do art. 26, do Regimento Interno desta Corte, para que apresente defesa para o não atendimento à decisão de 24/06/2004 (fls. 124), relativas ao item 3 (fls. 111).

3 - Pela COMUNICAÇÃO ao Sr. José Eliezer Tostes Pinto, com base no disposto no art. 6º, § 1º, da Deliberação TCE-RJ n.º 204/96, a ser efetivada na forma do art. 3º da Deliberação TCE-RJ n.º 234/2006, alterada pela Deliberação TCE-RJ n.º 241/2007, ou, na impossibilidade, na ordem seqüencial do art. 26, do Regimento Interno desta Corte, dando CIÊNCIA da presente decisão, e, ainda que, na forma dos §§ 1º e 2º do art. 17 da Lei Complementar n.º 63/90, o recolhimento da quantia apurada, equivalente a 153.610,54 UFIR-RJ, no prazo de 30 (trinta) dias, saneia o processo.

4 - Pela COMUNICAÇÃO ao Sr. José Eliezer Tostes Pinto, atual Prefeito Municipal de Laje do Muriaé, com base no disposto no art. 6º, § 1º, da Deliberação TCE-RJ n.º 204/96, a ser efetivada na forma do art. 3º da Deliberação TCE-RJ n.º 234/2006, alterada pela Deliberação TCE-RJ n.º 241/2007, ou, na impossibilidade, na ordem seqüencial do art. 26, do Regimento Interno desta Corte, para que:

4.1 - no prazo de 60 (sessenta) dias, suspenda quaisquer pagamentos referentes à parcela FG a servidores sem vínculo efetivo com a Prefeitura, cessando o vínculo ilegal de todas as pessoas em exercício exclusivo de função gratificada, eis que tais funções são destinadas exclusivamente a servidores efetivos, conforme disposto no inciso V do art. 37 da CF/88, sob pena de responsabilizar-se por valores indevidamente pagos e sujeitando-se a apuração em Tomada de Contas visando ao ressarcimento ao Erário Municipal.

4.2 - envie esforços no sentido de regularizar o pagamento da parcela “gratificação Lei 386/99”, definindo, em instrumento adequado, critérios objetivos para sua concessão, em respeito ao Princípio da Impessoalidade, inserto no *caput* do art. 37 da CR/88, sob pena de responsabilizar-se por valores indevidamente pagos e sujeitando-se a apuração em Tomada de Contas visando ao ressarcimento ao Erário Municipal.

4.4 - envie esforços no sentido de regularizar o pagamento da parcela relativa à “VPA”, definindo, em instrumento adequado, critérios objetivos para sua concessão, em respeito ao Princípio da Impessoalidade, inserto no *caput* do art. 37 da CF/88 (item 3.1.2);

5 - Por DETERMINAÇÃO à Secretaria Geral das Sessões –SSE, para que, ao materializar a presente decisão, remeta cópia da instrução (fls. 103/112, 268/272, 277 e 293), do Voto de 24/06/2004 (fls. 120/125), bem como do inteiro teor deste Voto.

6 - Pela CIÊNCIA do teor da decisão ao órgão de instrução competente para que, na próxima inspeção ordinária, verifique *in loco* o seu cumprimento.

MARCO ANTONIO BARBOSA DE ALENCAR

Relator