



RAZÕES DO VOTO

Inicialmente, necessário registrar que esta Representação de Natureza Externa preenche todos os requisitos de admissibilidade previstos na Lei Orgânica e no Regimento Interno deste Tribunal de Contas, bem como está com a instrução completa e parecer ministerial, motivo pelo qual a conheço e passo a apreciar seu mérito.

Conforme narrado no relatório acima, a presente Representação Externa foi formalizada pelo Sr. Jairo Manfroi, Prefeito do Município de Reserva do Cabaçal, em razão legalidade/constitucionalidade ou não do 125 da Lei Complementar Municipal nº 60/2010, bem como quanto aos atos administrativos dele resultantes.

Sendo o único interessado a se manifestar, o Sr. Nivaldo Ponciano Coelho (gestor 01.01.10 a 31.12.12) informou que a concessão de incorporações obedeceram à lei municipal e aos princípios da administração pública.

Por sua vez, a Equipe Técnica entendendo que o ex-gestor agiu dentro do que determina a legislação, sugeriu que não fosse aplicada multa, no entanto, sugeriu para que fosse determinado ao atual gestor que tome as providências legislativas para a adequação da Lei Municipal a fim de não permitir incorporações de verbas de caráter transitório e que sejam tomadas medidas para que sejam cumpridas as determinações contantes na Resolução Normativa nº 03/2015 – TCE/MT.

O Parquet de Contas comungou do mesmo entendimento apresentado pela equipe técnica, sugerindo preliminarmente pelo acolhimento pelo Egrégio Tribunal Pleno, do incidente de inconstitucionalidade do art. 125 da Lei Complementar nº 60/2010 e no mérito, pela procedência da Representação Externa e pela determinação à atual gestão que cesse a incorporação de verbas de caráter transitório aos servidores inativos.



Em sede de preliminar arguida pelo Representante e pelo Ministério Público de Contas, tenho que destacar que a prerrogativa de apreciação da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público imputada aos Tribunais de Contas é reconhecida pela jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula nº 347, tem-se ainda que o incidente de inconstitucionalidade é previsto no art. 51 da Lei Orgânica deste Egrégio Tribunal de Contas, bem como no art. 239 de seu Regimento Interno.

Sendo assim, esta Corte de Contas é legítima para processar e julgar a respeito de incidente de inconstitucionalidade, conforme prevê a legislação acima citada.

Conforme apontado pela Auditoria, foi identificada na Lei Complementar nº 60/2010, que nos níveis de estrutura organizacional da Prefeitura Municipal de Reserva do Cabaçal foi permitido a concessão de incorporação de benefícios aos servidores inativos de gratificações percebidas em razão de funções comissionadas quando exercida durante 05 anos, conforme determinado no art. 125, § 2º da referida lei.

Embora o Sr. Nivaldo Ponciano Coelho, tenha justificado o pagamento da concessão ante obediência ao que determinava a legislação, a equipe técnica rejeitou os argumentos trazidos pelo responsável, visto que não é cabível a incorporação de gratificação no serviço público, ferindo o art. 40, § 2º da CF.

O *Parquet* de Contas comungou do mesmo entendimento apresentado pela Equipe Técnica, ao passo que a inconstitucionalidade de concessão de incorporação de gratificação transitórios não poderão exceder a remuneração do servidor no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, em observância ao princípio da isonomia.

Acredito não caber discussão quanto a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 60/2010, em especial de seu art. 125, §2º, uma vez que é gritante a



violação ao art. 40, § 2º da CF, pois o dispositivo constitucional veda a percepção de proventos em valores superiores à remuneração dos servidores que ainda estão na ativa, bem como meio de garantia de equilíbrio atuarial ao regime previdenciário.

Sendo assim, ante a evidente violação a norma constitucional, entendo pela declaração da inaplicabilidade do art. 125, §2º da Lei Complementar nº 60/2010, nos termos do art. 247 do Regimento Interno desta Corte de Contas, levando o feito a apreciação do Egrégio Tribunal Pleno, desta Corte de Contas.

Assim, uma vez observado o *quorum* qualificado previsto no art. 32 do RITCE-MT, em observância aos princípios da instrumentalidade das formas e da celeridade processual, não vejo óbice à submissão da apreciação plenária, desde logo, do incidente de declaração de inconstitucionalidade suscitado pelo Ministério Público de Contas, solucionando-se, assim, a referida questão prejudicial.

Doutrinariamente, sabe-se que o controle incidental de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas se manifesta diante de um caso concreto e sempre foi tido como certo que seus efeitos seriam limitados às partes e de modo retroativo, ou seja, atingiria desde o nascedouro a norma eivada de inconstitucionalidade.

Entretanto, essa posição tem sofrido modificações, mesmo sem qualquer alteração legislativa, especificamente no que se refere aos efeitos a serem concedidos à declaração de inaplicabilidade da norma tida como inconstitucional. Passou-se a admitir a modulação dos efeitos temporais da norma considerada inconstitucional, já que diante de algumas situações, atribuir efeito retroativo pleno à decisão poderia ocasionar um caos jurídico, social e financeiro. Assim, diante de um caso concreto como este, ao ser reconhecida a inconstitucionalidade de uma lei, por meio de um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, poderá o julgador limitar os efeitos da decisão.



Considerando que a Lei Complementar Municipal n. 60/2010 é posterior a Emenda Constitucional n. 20/98 que introduzi a regra insculpida no parágrafo segundo do artigo 40 da Constituição Federal, entendo que os efeitos desta decisão devem ser ex tunc.

Assim, todos os casos em que foram concedidas às incorporações de que tratam a LC 60/2010, devem ser revistos pela administração, para declará-los nulos porque deles não se originam direitos. Contudo os pagamentos já realizados, à título de incorporação, pelo ente municipal não são passíveis de restituição, pois tratam-se de verbas de natureza alimentar recebidas de boa-fé pelos servidores.

TJ-ES - Recurso 100090007798 ES 100090007798 (TJ-ES) Data de publicação: 30/04/2009 Ementa: RECURSO ADMINISTRATIVO. REENQUADRAMENTO DE SERVIDOR PARA EFEITO DE PROMOÇÃO. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE ATOS DECISÓRIOS. RESTABELECIMENTO DO ENQUADRAMENTO ANTERIOR. BOAFÉ DO SERVIDOR PÚBLICO. **IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO DE VERBAS DE CARÁTER ALIMENTAR.** RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Configurada a violação do devido processo legal administrativo, deve ser decretada a anulação dos atos decisórios viciados, com restabelecimento da ordem do processo no exato ponto antecedente à mácula constatada. In casu, o erro do setor de juntada de petições provocou dois julgamentos de mérito de um mesmo recurso, sendo que, de forma inusitada, o primeiro teve provimento, e o segundo não. O primeiro julgamento do recurso, tomado com base na peça original, deve prevalecer sobre o que tiver sido realizado subsequentemente, com base em simples cópia da peça original, porquanto nesta não há elemento volitivo do servidor e naquela sim. 2. No particular, a revisão do ato provocou a anulação do processo administrativo a partir das folhas 30, restabelecendo, com isso, o ato n.º 008/2006, publicado no Diário da Justiça de 07/04/2009, que concluiu pelo enquadramento do recorrente no nível 'O'. 3. O deferimento e pagamento indevido de diferença salarial ao servidor de boa-fé pela Administração, não enseja o direito à restituição pretendida pelo órgão estatal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 4. Recurso conhecido e provido. Decisão reformada.

Quanto ao mérito, tenho o mesmo entendimento apresentado pela equipe técnica, no sentido de permanência da irregularidade, porém sem a aplicabilidade de multas aos responsáveis dado que efetuaram as concessões baseadas em lei e agiram com boa fé.



Dessa forma, acolho a sugestão realizada pela equipe técnica e pelo Ministério Público de Contas, no sentido da não aplicação de multas, contudo, determinando à atual gestão do Executivo de Reserva do Cabaçal que cesse imediatamente a incorporação de verbas de caráter transitório aos servidores inativos, dado as gratificações percebidas em razão de funções comissionadas, conforme preconiza o art. 40, § 2º da CF, e para que cumpra às orientações contidas na Resolução de Consulta n. 03/2014, *vérbis*:

Resolução de Consulta nº 3/2014 – TP (DOC, 12/03/2014). Pessoal. Remuneração. Vantagens pessoais. Exclusão do teto remuneratório até a edição da lei que fixou os subsídios dos Ministros do STF.

1. Estão excluídas do teto remuneratório do artigo 37, XI, da Constituição Federal, as vantagens de caráter pessoal incorporadas à remuneração do servidor até 31-12-2003, data de início de vigência da EC 41/2003, ou cujo direito se aperfeiçoou até 4-2-2004, dia imediatamente anterior à edição da lei que fixou os subsídios dos Ministros do STF.

2. As vantagens pessoais de natureza remuneratória, concedidas a partir de 5-2-2004, devem ser incluídas no redutor do teto remuneratório.

3. São vantagens pessoais aquelas percebidas em decorrência da situação funcional própria do servidor e as que representem situação individual, ligada à natureza ou às condições de trabalho do servidor, a exemplo do adicional por tempo de serviço, das incorporações e das gratificações de qualquer natureza.

4. As vantagens pessoais, excluídas da limitação do teto, deverão estar discriminadas no comprovante de pagamento do servidor

DISPOSITIVO

Diante do exposto, e nos termos do artigo 1º, inciso XV, da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica TCE/MT) e artigo 29, inciso VI da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno TCE/MT), acolho o Parecer nº 8.290/2015 5 do Ministério Público de Contas, subscrito pelo Procurador de contas Dr. Getúlio Velasco Moreira Filho, conheço da Representação de Natureza Externa proposta pelo Jairo Manfroi, Prefeito do Município de Reserva do Cabaçal, VOTO em preliminar pela declaração da inaplicabilidade do art. 125, §2º da Lei Complementar Municipal nº 60/2010 com efeitos *ex tunc*, no mérito **VOTO** pela **PROCEDÊNCIA da Representação de Natureza Interna**, nos termos das razões deste voto.



Determino à atual gestão do Executivo de Reserva do Cabaçal que cesse imediatamente a incorporação das verbas de caráter transitório aos servidores inativos, dado as gratificações percebidas em razão de funções comissionadas, conforme preconiza o art. 40, § 2º da CF, e para que cumpra às orientações contidas na Resolução de Consulta n. 03/2014,

É como voto.

Cuiabá, 06 de abril de 2016.

Conselheiro Sérgio Ricardo