



Parecer em Consulta 00039/2021-6 - Plenário

Processo: 05250/2021-2

Classificação: Consulta

UG: PMBJN - Prefeitura Municipal de Bom Jesus do Norte

Relator: Domingos Augusto Taufner

Consulente: ANTONIO GUALHANO AZEVEDO

**CONSULTA – PREFEITURA MUNICIPAL DE BOM
JESUS DO NORTE – ACOMPANHAR
ENTENDIMENTO CONSTANTE DOS PARECERES
EM CONSULTA TC 16/2013, 07/2016 e 24/2017 –
ARQUIVAR.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:

RELATÓRIO

Tratam os autos de Consulta formulada pelo Sr. Antônio Gualhano Azevedo, Prefeito Municipal de Bom Jesus do Norte, apresentando os questionamentos que seguem:

- 1) Sendo garantido ao servidor estatutário a gratificação por tempo de serviço (biênio) e estando o servidor em cargo de Secretário Municipal, poderá cumular o subsídio do cargo com a vantagem de efetivo?
- 2) Em hipótese de pagamentos já realizados, deverá a administração promover alguma ação?

Por meio do Despacho 41048/2021-1 (evento eletrônico 05), em breve análise inicial, foi constatado que se encontravam presentes os requisitos que autorizam o

processamento da presente Consulta, uma vez que foram atendidas as formalidades previstas em lei.

Ato contínuo, os autos foram encaminhados ao Núcleo de Jurisprudência e Súmula - NJS, objetivando a averiguação e presença de prejudgados ou decisões relacionados a matéria neste Tribunal, com fulcro no artigo 235, parágrafo 1º da Resolução TC nº 261/2013 - Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.

Por sua vez, o NJS confeccionou Estudo Técnico de Jurisprudência 00049/2021-1 (evento eletrônico 06), informando a existência de deliberações sobre o objeto da presente Consulta, quais sejam, o Parecer em Consulta 24/2017, o Parecer em Consulta 07/2016 e o Parecer em Consulta 16/2013.

Os autos retornaram então ao Núcleo de Recursos e Consultas - NRC, que na oportunidade produziu a Instrução Técnica de Consulta 00066/2021-3 (evento 07), concluindo da seguinte forma:

Por todo o exposto, opina-se pelo conhecimento da presente Consulta.

Considerando a existência de deliberações que respondem aos questionamentos suscitados na presente consulta, sugere-se o envio ao consulente dos Pareceres em Consulta TC 24/2017, 07/2016 e 16/2013.

O Ministério Público de Contas, por intermédio do Procurador de Contas, Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, emitiu parecer 5277/2021-6 no qual anuiu aos argumentos fáticos e jurídicos constantes na Instrução Técnica supramencionada.

FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

Passo à análise acerca dos seus requisitos de admissibilidade da presente Consulta.

O artigo 122, §1º, da Lei Complementar nº 621/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – LOTCEES), estabelece as formalidades que a consulta deve atender para ser admitida, assim dispondo:

Art. 122.

§ 1º. A consulta deverá conter as seguintes formalidades:

- I. Ser subscrita por autoridade legitimada;
- II. Referir-se à matéria de competência do Tribunal de Contas;
- III. Conter indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada;
- IV. Não se referir apenas a caso concreto;
- V. Estar instruída com parecer do órgão de assistência técnica e/ou jurídica da autoridade consulente.

No tocante ao requisito constante do artigo mencionado no seu inciso I, observa-se que a definição de autoridade competente para fins de formular a consulta nesta Corte, encontra suas balizas definidas nos incisos I a VII, do próprio art. 122, que estabelece:

Art. 122. O Plenário decidirá sobre consultas quanto às dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:

- I. Governador do Estado e **Prefeitos Municipais**;
- II. Presidente da Assembleia Legislativa e de Câmaras Municipais;
- III. Presidente do Tribunal de Justiça e Procurador Geral de Justiça;
- IV. Procurador Geral do Estado e Defensor Público Geral do Estado;
- V. Secretário de Estado;
- VI. Presidente das Comissões Permanentes da Assembleia Legislativa e das Câmaras Municipais;
- VII. Diretor presidente de autarquia, fundação pública, empresa estatal e de sociedade de economia mista, cujo controle societário pertença ao Estado ou aos Municípios. (grifo nosso)

Desta forma, tendo sido a consulta formulada pelo Prefeito Municipal de Bom Jesus do Norte, bem como pela autoridade estar devidamente qualificada nos autos, constando seu nome legível e a respectiva assinatura, entendo atendido o primeiro requisito. Quanto à instrução da peça de consulta com o parecer do órgão de assistência jurídica, tem-se que também está atendido o requisito (art. 122, §1º, V, LC 621/2012).

Quanto aos aspectos substantivos, verifico que a matéria objeto da consulta é de competência deste Tribunal de Contas e a peça contém indicação precisa da dúvida atendendo aos requisitos previstos no art. 122, §1º, incisos II e III, da Lei Complementar 621/2012, bem como observo que há relevância jurídica, econômica, social ou da repercussão da matéria no âmbito da administração pública, com conteúdo que possa ter reflexos sobre a administração direta e indireta do Estado ou dos Municípios, na forma do previsto no artigo 122, § 2º, da LC 621/2012.

Diante do exposto, preenchidos todos os requisitos de admissibilidade previstos em lei, acompanho o opinamento técnico pelo conhecimento da Consulta em análise.

2. DO MÉRITO

No tocante ao objeto da consulta, conforme identificado pelo Núcleo de Jurisprudência e Súmula – NJS, este Tribunal de Contas já apreciou questão relativa a dúvida suscitada nestes autos, consoante se observa das respostas exaradas nos Pareceres em Consulta TC 24/2017¹, TC 07/2016² e TC 16/2013³ cuja resposta atende aos questionamentos formulados.

Conforme assinalado pela área técnica, verifico que o Parecer em Consulta 24/2017, que trata de questionamento acerca de pagamento de gratificação a servidores remunerados com subsídio e os procedimentos a serem adotados caso o pagamento seja indevido, senão vejamos:

PARECER/CONSULTA 024/2017 –PLENÁRIO

Tratam-se os autos de CONSULTA apresentada pela Prefeitura Municipal de Aracruz, personificada, na ocasião, pelo Sr. (...), então Prefeito Municipal, por meio da qual questiona a esta Corte de Contas (...):

(i) Se tiver no Município órgão deliberativo coletivo ou comissões especiais de trabalho, o qual dito Secretário ou Procurador faça parte, e nesse órgão tenha gratificação por participação, pode o Município efetuar o pagamento de gratificação aos agentes?

(ii) Podem os mesmos receberem auxílio alimentação, jetons, etc.? Caso tenha algum Município que tenha efetuado ou encontre-se efetuando o pagamento de gratificações, jetons, auxílio alimentação, gratificação de férias, 13º vencimento, indenizações e outros, o que a municipalidade deve fazer? Parar com os pagamentos? Descontar o que foi pago indevidamente?

(iii) Haveria, por parte desse Tribunal, alguma restrição quanto ao pagamento dessas verbas?

(...) Ante o exposto, acompanhando integralmente a área técnica e o Ministério Público de Contas, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a minuta de deliberação que submeto à apreciação.

(...) DELIBERAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora, em responder aos questionamentos apresentados pelo consulente da seguinte forma:

1.1. Pela possibilidade do pagamento de gratificação pela participação em órgão deliberativo coletivo ou comissões especiais de trabalho (Jeton) a

¹ Proferido nos autos do Processo TC 2198/2012.

² Proferido nos autos do Processo TC 11024/2014.

³ Proferido nos autos do Processo TC 7523/2009.

Secretários Municipais (agentes políticos) e a Procuradores Municipais (servidores públicos), remunerados por subsídio, desde que as atribuições, que embasem o pagamento do jeton ou da gratificação, não correspondam, explícita ou implicitamente, a atribuições ordinárias do respectivo cargo;

(...) 1.6. Com referência à atitude que a Administração Pública Municipal deve tomar com relação às verbas de natureza indenizatória ou remuneratória pagas aos Secretários e Procuradores Municipais, entende-se que, se tais verbas estiverem sendo pagas em conformidade com o que foi exposto nesta análise, os pagamentos poderão continuar, caso contrário a Administração Pública Municipal deverá tomar medidas no sentido de cessar os pagamentos e de promover a restituição dos valores que houverem sido pagos indevidamente, nos termos do Parecer em Consulta nº 07/2016 (Processo TC 11024/2014). Para fins de restituição pelo servidor público beneficiado dos valores recebidos indevidamente devem ser seguidos os critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança 25.641/DF, bem como deve ser levada em consideração a distinção entre erro operacional e erro de interpretação.

Nesse contexto, o pagamento de verbas remuneratórias ou indenizatórias sem embasamento legal, tal como o pagamento de décimo terceiro salário e de terço constitucional de férias a agentes políticos (Secretários Municipais) sem a devida instituição por lei municipal específica, caracteriza erro de natureza operacional;

(TCE-ES. Controle Externo> Consulta. Parecer em Consulta 00024/2017-1. Processo TC 02198/2012-6. Relator: Márcia Jaccoud Freitas. Órgão Julgador: Ordinária/Plenário. Data da sessão: 19/12/2017, Data da Publicação no DO-TCES: 05/03/2018).

Nesta esteira, o Parecer em Consulta 07/2016 estabelece como a Administração Pública Municipal deverá tomar medidas no sentido de cessar pagamentos e de promover a restituição de valores que houverem sido pagos indevidamente, o qual transcrevo abaixo:

PARECER/CONSULTA TC-007/2016 – PLENÁRIO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-11024/2014, em que o então Diretor Geral do Departamento de Trânsito do Espírito Santo – DETRAN/ES, Senhor (...), formula consulta a este Tribunal sobre a possibilidade de correção dos adicionais dos servidores, uma vez que decorrido o prazo de cinco anos previsto no artigo 54 da lei 9784/99.

(...) Somente se admite a dispensa de reposição ao erário de pagamentos indevidos feitos a servidor público, se presentes concomitantemente os seguintes requisitos, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança 25.641/DF: I) presença de boa-fé do servidor; II) ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada; III) existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada; e IV) interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração. Nos casos de pagamentos indevidos decorrentes de

erro de cálculo ou de erro operacional da Administração, ainda que percebidos de boa-fé, não estão sujeitos ao prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/99, podendo ser revisto a qualquer tempo e ensejam o dever de reposição pelo servidor, sob pena de enriquecimento ilícito, respeitado o prazo de prescrição quinquenal para fins de restituição dos pagamentos indevidos efetuados pela Administração, nos termos art. 1º do Decreto 20.910/32, aplicável em razão do princípio da isonomia.

Quando a reparação do dano decorrente de pagamentos indevidos não puder ser imputada ao servidor, seja pela conjugação dos requisitos para dispensá-la ou pelo decurso do prazo decadencial para a anulação do ato, será necessário, a qualquer tempo, aferir a responsabilidade daquele que concedeu ou calculou ilegalmente as parcelas, sobre quem deve recair o dever de reposição referente ao período em que a anulação do ato poderia ter ocorrido.

(TCE-ES. Controle Externo > Obrigações Tributárias e Contributivas. Parecer em Consulta 00007/2016-1. Processo TC 11024/2014-5. Relator: Sérgio Manoel Nader Borges. Órgão Julgador: Ordinária/Plenário. Data da sessão: 24/05/2016, Data da Publicação no DO-TCES: 16/02/2017).

Por fim, temos o Parecer em Consulta 16/2013, que por sua vez, dispôs que caso o servidor efetivo seja nomeado para o cargo de secretário municipal e opte pelo subsídio do cargo que assumiu, não será possível acrescer à referida remuneração valores recebidos a título de gratificações ou adicionais, conforme vemos abaixo:

PARECER/CONSULTA TC-016/2013

Tratam os presentes autos de consulta formulada pelo Sr. (...), Prefeito Municipal de Rio Bananal, solicitando resposta para a seguinte indagação: Considerando o caso hipotético de um servidor efetivo com mais de dez anos de carreira que recebe quinquênio, decênio, ser nomeado no cargo de Secretário Municipal ele tem direito a receber o subsídio de Secretário mais estas vantagens (quinquênio e decênio), caso faça a opção pelo subsídio de Secretário? E qual seria a base para cálculo?

(...) Questiona-se na presente consulta a possibilidade de um servidor efetivo, com mais de 10 anos de carreira, que ao ser nomeado para o cargo de Secretário Municipal, opte por receber o subsídio referente ao novo cargo assumido e continue a receber os adicionais da remuneração do cargo anterior, tais como, quinquênio e decênio. Examinando a situação em tese, verifica-se, em primeiro lugar, que, no caso em exame, parte-se do pressuposto de que o servidor efetivo nomeado para o cargo de secretário municipal optou pelo recebimento do subsídio do novo cargo assumido. Ademais, pressupõe-se que o Estatuto dos Servidores do Município ora consulente preveja tal situação, ou seja, disponha sobre a possibilidade de que o servidor, ao exercer o cargo de Secretário de Estado, opte por receber os subsídios referentes ao novo cargo. A ressalva deve ser feita, pois, a Constituição Federal nada dispõe acerca da matéria, mas tão somente menciona em seu artigo 38 a possível ocupação de cargos eletivos por servidores efetivos.

(...)Verifica-se que o artigo 39, parágrafo 4º, da Constituição Federal expressamente prevê a remuneração por subsídio, dispondo, inclusive, sobre a obrigatoriedade deste para membros de poder, detentores de mandato eletivo, Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais. Ademais, o referido dispositivo impõe a obrigatoriedade de o subsídio ser fixado em parcela única, vedando-se expressamente, o acréscimo de quaisquer gratificações, adicionais, abonos, prêmios, verba de representação ou outra espécie remuneratória (...).Excetuam-se apenas: as verbas de natureza indenizatória (...).

Quanto ao mérito, conclui-se nos seguintes termos: caso o servidor efetivo seja nomeado para o cargo de Secretário Municipal e opte pelo subsídio do cargo que assumiu, estando tal possibilidade prevista no Estatuto dos Servidores locais, não será possível acrescer à referida remuneração valores recebidos a título de gratificações ou adicionais, conforme expressa previsão do artigo 39, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

(TCE-ES. Controle Externo > Obrigações Tributárias e Contributivas. Parecer em Consulta 00016/2013-4. Processo TC 07523/2009-8. Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto. Órgão Julgador: Ordinária/Plenário. Data da sessão: 07/05/2013, Data da Publicação no DO-TCES: 16/02/2017)

Deste modo, corroborando com o entendimento técnico e ministerial, entendo que deva ser informado ao consulente no que tange aos questionamentos formulados, objeto da consulta, a existência dos Pareceres em Consultas TC TC 24/2017, 07/2016 e 16/2013.

Ante todo o exposto, acompanhando o entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** por que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

1. PARECER EM CONSULTA TC-039/2021:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **RESOLVEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Plenária ante as razões expostas no voto do relator, em:

1.1. CONHECER da presente Consulta, em razão do preenchimento dos requisitos de admissibilidade;

1.2. ENCAMINHAR ao consulente os **Pareceres Consulta TC 24/2017, TC 07/2016 e TC 16/2013**.

1.3. DAR CIÊNCIA aos interessados;

1.4. ARQUIVAR os autos, após os trâmites regimentais.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 18/11/2021 - 59ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Domingos Augusto Taufner (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

Em substituição ao procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões