

TRIBUNAL PLENO – SESSÃO: 04/8/10

RELATOR: CONSELHEIRO ANTÔNIO CARLOS ANDRADA

PROCESSO Nº 809483 – CONSULTA

PROCURADOR PRESENTE À SESSÃO: GLAYDSON MASSARIA

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

CONSELHEIRO ANTÔNIO CARLOS ANDRADA:

PROCESSO: 809483

NATUREZA: CONSULTA

CONSULENTE: Carlos Roberto Rosa - Presidente da Câmara Municipal de Araxá

PROCEDÊNCIA: Município de Araxá

RELATÓRIO

Tratam os autos de Consulta formulada pelo Sr. Carlos Alberto Rosa, Presidente da Câmara Municipal de Araxá, em que foram apresentados os seguintes questionamentos, relativos a pagamento de adicional por tempo de serviço (quinqüênio) e férias prêmio a servidores municipais:

“1 – É devido o pagamento de quinqüênio aos servidores comissionados?

2 – O instituto da decadência é aplicado para os servidores comissionados requererem administrativamente a vantagem quinquenal?

3 – Caso tenha sido suprimido benefício de servidores há mais de cinco anos, pode a administração pública rever o ato sem que se opere a decadência?

4 – O ato administrativo praticado por erro de interpretação de dispositivos legais pode ser revisto sem considerar o instituto da decadência?

5 – A administração pode suprimir benefícios de servidores comissionados concedidos e recebidos por período superior a 10 anos?”

É o relatório.



FUNDAMENTAÇÃO

1 - PRELIMINAR

Verifico, nos termos constantes da petição inicial, que o consulente é parte legítima para formular a presente Consulta e que o objeto refere-se a matéria de competência desta Corte, nos termos do art. 210 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas. Assim, conheço da Consulta para respondê-la em tese.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

Conheço da Consulta.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO GILBERTO DINIZ:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO ELMO BRAZ:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Essa Presidência também acolhe essa Consulta
ACOLHIDA A CONSULTA, POR UNANIMIDADE.

CONSELHEIRO ANTÔNIO CARLOS ANDRADA:

2 - MÉRITO

É assente que compete ao Município organizar o serviço público local e elaborar o regime jurídico de seus servidores, estabelecendo a jornada de



trabalho, as atribuições dos cargos, a composição da remuneração, tendo em vista as peculiaridades locais e as possibilidades de seu orçamento.

No entanto, no exercício de suas competências, os Poderes Públicos devem sempre observar as regras e princípios estabelecidos na Constituição da República, tendo em vista a supremacia que a Carta Magna possui no ordenamento jurídico brasileiro. Partindo dessas premissas, passo a analisar os questionamentos propostos pelo consulente.

Recentemente, em sessão realizada no dia 02/09/2009, respondi a uma Consulta semelhante, de nº 780445, formulada pelo Presidente da Câmara Municipal de Patos de Minas, tendo sido acompanhado pelos meus pares, da qual se extrai que:

“1 - É juridicamente possível a instituição, mediante lei formal, de adicional por tempo de serviço, como o quinquênio, a servidores ocupantes de cargos comissionados, desde que haja previsão expressa no Estatuto dos Servidores Públicos Municipais, nos casos em que o ente adotar o regime jurídico estatutário.

2 – Observada a previsão no Estatuto dos Servidores Públicos Municipais, outros direitos garantidos aos servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo como férias-prêmio, salário família e auxílio funeral, poderão ser estendidos aos ocupantes de cargo em comissão, desde que compatíveis com a natureza de ocupação transitória do cargo.”

O questionamento do item 1 *sub examine*, no entanto, apesar de similar, não é idêntico, pois o consulente não indaga sobre a possibilidade jurídica da instituição do adicional, mas, sim, se o mesmo é devido.

Vale dizer que, nessa hipótese também, o que deverá ser analisado é a previsão no Estatuto dos Servidores Públicos Municipais, nos casos em que o ente adotar o regime jurídico estatutário, ou mesmo em outra lei que disponha no



mesmo sentido: se houver a previsão legal, o adicional é devido, se não houver, não o é, por óbvio.

Com efeito, o direito do servidor ocupante de cargo comissionado a adicionais por tempo de serviço, férias-prêmio e outros será adquirido quando, sucedido o fato jurídico de que se originou o direito, nos termos da lei, tenha sido integrado ao seu patrimônio.

Evidentemente, deverá haver previsão legal no respectivo Estatuto, ou em lei específica, pois não há violação a princípio constitucional a instituição do quinquênio.

Importante lembrar, ainda, que, concedida ao servidor público uma vantagem pessoal, esta a ele adere, desde que amparada pelo ordenamento jurídico e compatível com o cargo, tornando-se atributo personalíssimo, independente de sua natureza, se efetivo ou em comissão. Cria-se uma situação que se concretizou em seu favor, consolidando-se em um direito que se integrou em seu patrimônio.

Depreende-se, portanto, que os direitos e vantagens em questão decorrem de condição pessoal do servidor, vale dizer, atribui-se em razão do tempo de exercício de cargo público ou desempenho de função, integrando-se plena e incondicionalmente ao agente, devendo ser estabelecidos em lei para seu aferimento.

Assim, passando ao 2º questionamento, verifica-se que, havendo a previsão legal, a concessão do adicional passa a ser ato *ex officio* da Administração, que independe de requerimento do interessado.

No entanto, repita-se, se a Administração assim não agiu, deixando de pagar um benefício que era devido por **lei**, fê-lo irregularmente, possuindo o servidor o direito de requerer administrativamente o referido benefício a qualquer tempo, sem a incidência do prazo decadencial, que não se aplica à espécie, e nem mesmo da prescrição administrativa, uma vez que, partindo-se da premissa que a lei autorizativa do adicional ainda se encontra em vigor,



estariamos diante da hipótese de uma obrigação de trato sucessivo, que decorre de uma situação jurídica fundamental já reconhecida (fundo de direito). **Isso porque, uma vez vigente a lei que assegura o adicional, não há que se falar em prescrição do fundo de direito.**

Assim, nesse caso, não está em pauta a condição funcional do servidor, nem seu direito a receber o adicional. Nas obrigações de trato sucessivo, o direito ao *quantum* se renova de tempo em tempo, daí porque o prazo prescricional para percepção dos valores devidos recomeça cada vez que surge a obrigação seguinte. Ou seja, a cada pagamento não efetuado pela Administração, renova-se o prazo, podendo o servidor, a qualquer tempo, requerer a incorporação do adicional, administrativa ou judicialmente.

O Supremo Tribunal Federal, por meio de voto proferido pelo E. Ministro Moreira Alves no RE nº 110.419/SP, aponta o sentido da denominada prescrição de trato sucessivo:

“A pretensão ao fundo do direito prescreve, em direito administrativo, em cinco anos a partir da data da violação dele, pelo seu não reconhecimento inequívoco. Já o direito a perceber as vantagens pecuniárias decorrentes dessa situação jurídica fundamental ou de suas modificações ulteriores é mera consequência daquele, e sua pretensão, que diz respeito a ‘quantum’, renasce cada vez em que este é devido (dia a dia, mês a mês, ano a ano, conforme a periodicidade em que é devido seu pagamento), e, por isso, se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos, nos termos exatos do artigo 3º do Decreto nº 20.912/32.”

O que prescreve, portanto, é o direito a perceber os adicionais devidos e não pagos há mais de cinco anos, contados do último pagamento não efetuado desde que requeridos pelo servidor.

Dessa forma, poderia a Administração, em tese, rever de ofício o ato que suprimiu benefício o de forma irregular há mais de cinco anos sem que se opere o instituto da decadência, questionamento do item 3, sempre tendo em



mente que há previsão legal do benefício, supostamente não concedido, à medida que, nesse caso, não se operam efeitos favoráveis ao servidor, fato que não enseja a aplicação do condicionante temporal (decadência) na revisão do ato.

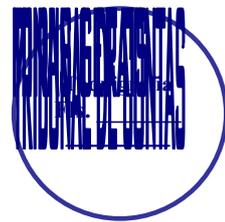
Nesses termos, a decadência a que se refere o Consultante atingiria tão somente o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para o servidor, mas não os que lhes sejam prejudiciais, segundo o que dispõe a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, *in verbis*:

“Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.”

§ 1º. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.”

Assim, o condicionante temporal “atua” em prol do administrado e não da Administração, pois, salvo comprovada má-fé, não pode o administrado ter situação jurídica consolidada a seu favor e ser suprimida por uma suposta desídia e ineficiência da Administração, não se aplicando entretanto, na direção oposta. Importante ressaltar que muitas vezes a norma visa conceder proteção especial ao hipossuficiente, em sentido lato, da relação jurídica, como ocorre, exemplificadamente em relação ao consumidor. Felizmente, ainda que de forma tímida, procura-se despir o Estado de uma *potestade* incondicionada completamente dissociada dos ideais de um Estado Democrático de Direito.

Desse modo, a resposta ao item 4 perpassa pela análise da argumentação até aqui expendida podendo ser resumida nos seguintes termos: ainda que praticada por erro de interpretação a revisão do ato deve observar os efeitos dele decorrentes. Se favoráveis ao servidor, opera-se o prazo decadencial, se prejudiciais, pode a Administração rever o ato sem o condicionante temporal.



Isto posto, vale dizer que o quinto questionamento visa resposta a situação jurídica diversa. Se, especificamente nos 3 primeiros itens a premissa era de que o adicional, não obstante previsão legal, deixara de ser concedido pela Administração, agora busca o consultante a resposta para o caso em que o benefício, pelo menos em tese, vem sendo concedido.

Nesses termos, uma vez concedido determinado benefício ao servidor, ainda que de forma indevida, **se ultrapassado o prazo decadencial, é fora de dúvida que esta vantagem se incorpora incondicionalmente ao patrimônio do servidor, e nem mesmo lei nova poderá ser editada para suprimir o benefício**, como, inclusive, já decidiu o Pretório Excelso, em acórdão assim ementado:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. QUINQUÊNIO. LEI NOVA. EXTINÇÃO DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. DIREITO ADQUIRIDO. PRECEDENTES.

1. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a lei nova não pode revogar vantagem pessoal já incorporada ao patrimônio do servidor sob pena de ofensa ao direito adquirido.
2. A verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de violação do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada situa-se no campo infraconstitucional.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (Ag.Reg. no AI 762.863-MG)

Entretanto, deve ficar claro que esse raciocínio se aplica às vantagens **já incorporadas ao patrimônio do servidor**, por se constituir em direito adquirido, o que não impede, por exemplo, que lei nova, prospectivamente, venha suprimir este ou aquele benefício a partir de sua vigência.



Anote-se, por fim, que em todas as hipóteses ora questionadas, deverão ser respeitados os limites constitucionais de gastos com pessoal, devendo o gestor ficar atento para as questões orçamentárias do ente federativo, inclusive para efeito do escalonamento de possíveis pagamentos a serem efetuados pelo Poder Público.

III – CONCLUSÃO

Por todas as razões expostas, respondo a esta Consulta, em suma, nos seguintes termos:

1 - É devido o adicional por tempo de serviço, como o quinquênio, a servidores ocupantes de cargos comissionados, desde que haja previsão expressa no Estatuto dos Servidores Públicos Municipais, nos casos em que o ente adotar o regime jurídico estatutário, ou em lei que disponha no mesmo sentido.

2 – Havendo a previsão legal do quinquênio e não tendo sido pago *ex officio*, cabe ao servidor requerer administrativamente o benefício, sem a incidência do prazo decadencial, no caso, e nem mesmo da prescrição administrativa, por se tratar de obrigação de trato sucessivo. A prescrição, *in casu*, incidirá somente sobre as parcelas devidas e não pagas há mais de 5 (cinco) anos.

3 – Caso tenha sido suprimido um benefício irregularmente, a Administração poderá rever o ato sem que se opere a decadência, a teor do que estabelece o enunciado da Súmula nº 473 da Suprema Corte.

4 – O ato administrativo praticado por erro de interpretação de dispositivos legais pode ser revisto a qualquer tempo, se dele decorrerem efeitos prejudiciais ao servidor, e, lado outro, se dele decorrerem efeitos favoráveis aos servidores, deverá ser observado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos.



5 – A Administração não pode suprimir benefícios de servidores comissionados, incorporados ao seu patrimônio, por se constituir em direito adquirido nos termos do ordenamento jurídico em vigor.

É o parecer que submeto à consideração dos Srs. Conselheiros.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Sr. Presidente, eu acompanho o parecer do nobre Relator Antônio Carlos Andrada, e me chamou muita atenção essa orientação que ele faz a partir desse cotejo entre a autonomia do ente federado, no caso, o município, correlacionando com a Constituição. E depois, muito interessante, no termo do próprio autor, aqui, da consulta, o Presidente da Câmara de Araxá, que termina dizendo: *“ sobre o manto seguro das orientações emanadas dessa Egrégia Corte de Contas, antecipadamente agradecemos”*.

A matéria é realmente muito complexa, são cinco perguntas, algumas delas até, num primeiro momento, achei que não pudessem ter ligação com outra até sugerindo talvez um caso concreto, mas acho que o nobre Conselheiro Andrada foi muito feliz no seu relatório. Porém, eu gostaria de lê-lo um pouco mais para amadurecer sobre essa questão funcional. Razão pela qual peço vista, com o compromisso de trazê-la rapidamente para votação desse Pleno.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO,
SEM A MANIFESTAÇÃO DO CONSELHEIRO HAMILTON COELHO.