

Aplicação do método da ponderação de interesses e do raciocínio tópico no conflito entre a legalidade e a segurança jurídica

Parecer nº 07/02-SAFF

Ementa: Direito Administrativo e Constitucional. 1 - Aplicação aos servidores inativos do Decreto Legislativo nº 152/97 (Programa de Desenvolvimento Funcional). É clara a dicção do citado diploma legal no sentido de só computar-se o tempo de efetivo exercício nesta Casa Legislativa, aplicando-se ainda disposições de transição aos servidores inativos. 2 – Princípio da segurança jurídica e princípio da legalidade: ponderação. É da essência da ponderação de princípios a noção de *problema*, ou seja, a consideração individual de cada caso concreto, para incidência maior ou menor de cada princípio, com conseqüente predominância do raciocínio tópico sobre o raciocínio sistemático. Os precedentes desta Procuradoria-Geral no sentido da prevalência da segurança jurídica sobre a legalidade cuidaram de demarcar as peculiaridades de determinadas situações concretas, não ocorrentes no presente processo. 3 – Proteção da boa fé A boa fé do servidor é resguardada pela não devolução de valores já percebidos indevidamente, de caráter alimentar, não alcançando as parcelas futuras. Parecer pelo indeferimento do pedido.

Senhor Procurador-Geral em Exercício

Trata o presente processo de requerimento formulado pelo servidor em epígrafe, inconformado com a alegada redução dos seus proventos por ato da Diretoria de Pessoal, praticado em atendimento a recomendação do Tribunal de Contas do Município, oriunda de inspeção ordinária realizada pro aquela Corte de Contas.

Integram o material sob exame, além do presente processo, em que foi autuado o requerimento do servidor, os seguintes feitos:

7625/90 – aposentadoria;
1521/79 – triênios;
1378/80 – triênios;
1388/90 – licença especial;
2861/89 – licença especial;
1253/79 – averbação de tempo de serviço

1 – Histórico

Segundo se verifica do material sob exame, o Interessado iniciou sua vida laboral em 1942, exercendo cargos em diversos órgãos públicos, até sua admissão nos quadros desta Casa Legislativa, em 1978. Em 15/03/79 foi colocado à disposição da Superintendência de Desportos do Estado do Rio de Janeiro (SUDERJ), de lá retornando em 01/09/83.

Em 17/09/90, o servidor completou setenta anos de idade, o que fez com que se desse início ao seu processo de aposentadoria compulsória, afinal concluído e registrado o ato respectivo no Tribunal de Contas do Município, em Sessão realizada em 04/05/93.

Sobrevindo o Decreto Legislativo 152/97, foi o servidor enquadrado no padrão 18, segundo a nova sistemática de progressão funcional estabelecida por aquele diploma legal.

Em inspeção ordinária realizada em agosto de 2001 pelo Tribunal de Contas do Município, foi apontada a incorreção daquele enquadramento, que, segundo a Corte de Contas, deveria ter sido realizado no padrão 14. Posteriormente, o relatório da inspeção foi conhecido e aprovado pelo Plenário do Tribunal de Contas, que determinou a esta Câmara Municipal a correção, afinal efetivada às fls. 145 do processo de aposentadoria, com a mudança do padrão 18 para o padrão 14.

Inconformado, apresentou o servidor a petição de fls. 02-04 do presente processo, requerendo a revisão do ato, com o conseqüente retorno ao padrão 18. Em sua fundamentação, o Interessado não ataca as razões da decisão, mas pede que o enquadramento seja mantido em nome da segurança jurídica. Neste passo, invoca precedentes do próprio Tribunal de Contas, que por sua vez baseiam-se em Parecer desta Procuradoria-Geral.

Passo a opinar.

2 – Análise da questão de fundo (aplicação do Decreto Legislativo nº 152/97 aos servidores inativos)

Conquanto não tenha sido objeto de específica alegação do Interessado, é útil rever a questão de fundo, que diz respeito à pretensamente controvertida aplicação do Decreto Legislativo 152/97 aos servidores inativos. Trata-se de questão simples em sua essência, mas que precisa ser examinada com alguma atenção, para evitar leituras apressadas e equivocadas.

A Câmara Municipal do Rio de Janeiro foi efetivamente instalada e começou a funcionar em março de 1977, após a fusão dos Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara.

O Decreto Legislativo nº 26, de 1991, dispõe sobre a estrutura da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, e em sua redação original tinha o seguinte dispositivo:

Art. 17 - Os servidores da Câmara Municipal serão posicionados em classes, de acordo com o sistema de progressão horizontal por antigüidade, na forma que se segue:

I - na Terceira Classe, os que tiverem até cinco anos de serviço público;

II - na Segunda Classe, os que tiverem de cinco até oito anos de serviço público;

III - na Primeira Classe, os que tiverem mais de oito anos até dez anos de serviço público;

IV - na Classe Especial, os que tiverem mais de dez anos de serviço público.

§ 1º - Para o enquadramento nas classes previstas neste artigo, o tempo de serviço será computado nos termos do art. 204 da Lei Orgânica do Município e do art. 40 do seu Ato das Disposições Transitórias mediante certidão de tempo de serviço.

§ 2º - O tempo de serviço relativo ao efetivo exercício na Câmara Municipal será apurado com base nos dados constantes dos assentamentos funcionais do servidor.

Os citados dispositivos da Lei Orgânica do Município previam o aproveitamento de tempo de serviço estranho ao Município do Rio de Janeiro (serviço estadual, federal ou de outros municípios) para diversas finalidades, como triênios, promoção, etc. Ambos foram declarados inconstitucionais pelo Órgão Especial desse Egrégio Tribunal (cf. Representações por Inconstitucionalidade nºs 07/93, 22/94 e 91/94), restando apenas o aproveitamento para fins de aposentadoria e disponibilidade, que tem expresse assento constitucional (antigo art. 40 § 3º, atual 40 § 9º, com alterações redacionais).

Tratando-se de reestruturação de todo o quadro de pessoal, cuidou o legislador de estabelecer normas de transição, consubstanciadas nos seguintes dispositivos:

Art. 48 - A aplicação do novo sistema de cargos e vencimentos não implicará redução na remuneração do funcionário

Art. 50 - Os atuais ocupantes de cargo de provimento efetivo do Quadro Permanente de Pessoal da Câmara Municipal serão transpostos para as classes Primeira, Segunda, Terceira e Especial das categorias funcionais criadas pelo novo sistema de cargos instituído por este Decreto Legislativo.

Parágrafo Único - Para efeito do que dispõe este artigo, as atuais classes A, B, C, e Especial correspondem respectivamente às classes Terceira, Segunda, Primeira e Especial da nova classificação de cargos (não sublinhado no original)

Colhido pelo novo sistema já em gozo de aposentadoria, foi o Interessado enquadrado na classe especial.

Sobreveio finalmente, em 1997, nova reestruturação - desta vez parcial - do Quadro Funcional da Ré, agora através do Decreto Legislativo nº 152, que assim dispõe:

Art. 1º - Fica revogada a Seção III (DOS DIREITOS FUNCIONAIS), do Capítulo III (Do Quadro Permanente de Pessoal) do Decreto Legislativo nº 26, de 22 de junho de 1991.¹

O mesmo diploma legal inseriu o art. 18 no Decreto Legislativo anterior, com a seguinte redação:

Art. 18 - Os servidores da Câmara Municipal serão posicionados em padrões de acordo com o sistema de elevação e progressão, por antigüidade, considerado seu tempo de efetivo exercício no cargo, na forma da tabela constante do Anexo Único a este Decreto Legislativo². (não sublinhado no original)

É de se registrar que esta mudança de orientação, deixando de considerar o tempo de serviço público em geral e passando a considerar apenas o tempo de serviço prestado exclusivamente à Câmara Municipal, é mero reflexo das decisões sobre a inconstitucionalidade do aproveitamento de tempo de serviço estranho à própria Entidade, para outras finalidades que não a concessão da aposentadoria em si ou de disponibilidade. O novo texto é, então, harmonioso com a previsão constitucional (art. 40 § 9º, antigo 40 § 3º).

O próprio DL 152/97 foi expresso na previsão de não ser computado o período de afastamento do servidor:

Art. 20 – O servidor afastado para exercício de mandato eletivo ou requisitado para outro órgão público, não concorrerá ao desenvolvimento funcional, ainda que o afastamento se dê com ônus para a Câmara.

Ainda que não se aplique diretamente este dispositivo ao Interessado – dada a natural eficácia prospectiva das leis – é certo que ele apenas consolida e explicita o que já vinha na legislação anterior e é determinado pela própria Constituição: apenas o tempo de efetivo exercício na Câmara Municipal pode ser computado para fins de enquadramento na sistemática de progressão funcional.

¹ A Seção revogada abrangia os artigos 17 a 21, revogando portanto o dispositivo transcrito anteriormente.

² A Tabela a que se refere o dispositivo estabelece 35 padrões, correspondendo cada padrão a um ano de efetivo exercício na Câmara Municipal.

Examinando o histórico funcional do Interessado, verifica-se que ingressou nesta Casa Legislativa em 25/10/78, implementando a idade limite para aposentadoria compulsória em 17/09/90, perfazendo 12 anos de serviço. Todavia, durante 4 anos esteve à disposição de órgão estadual, somente completando 8 anos de efetivo exercício nesta Casa Legislativa. Beneficiado com a adição de 5 padrões pelo dispositivo transitório, deveria o Interessado ser enquadrado no padrão 14. Todavia, por equívoco administrativo ocorrido na época da aplicação do novo sistema remuneratório, vinha recebendo o equivalente ao padrão 18, exatamente pelo cômputo daqueles 4 anos de afastamento.

Conclui-se, então, que o enquadramento do servidor deveria ter sido efetuado no padrão 14, e não no 18, como corretamente observou a diligência do órgão de controle externo.

3 – Análise da questão da segurança jurídica – ponderação de princípios constitucionais

Em sua petição, o Interessado parece não se insurgir contra a questão de fundo, invocando em seu favor o princípio da segurança jurídica, devido ao longo tempo em que vinha recebendo seus proventos pelo valor ilegal. Assim vem articulada a argumentação:

“Não obstante o mérito da questão, certo é que existe precedente no próprio Tribunal, no entendimento de que erro da administração e razoável lapso temporal (como é o caso: 12 anos), como visto no processo CMRJ 5670/91.” (fls. 03)

O precedente invocado pelo Requerente apóia-se em trabalho histórico desta Procuradoria-Geral, o Parecer nº 002/98-CRTS³, da lavra da ilustre Procuradora Dr^a CLÁUDIA RIVOLLI THOMAS DE SÁ, que apreciou de forma brilhante o conflito entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica, estabelecendo um novo paradigma no trato da questão. Reveja-se a ementa daquele trabalho, na parte que interessa ao presente estudo:

³ Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Câmara Municipal nº 3 (jan.jul./1998), p. 179-191.

“1 – Diante da aparente antinomia entre o princípio da legalidade – a exigir a desconstituição de situações concebidas sem fundamento legal – e os princípios da segurança jurídica e proteção da boa-fé – que justificam manutenção se situações já consolidadas – prevalecerão estes últimos quando presentes os requisitos do erro da Administração, boa-fé do administrado e razoável lapso temporal. 2. Na situação desses autos, temos um benefício concedido com fundamento em critério administrativo evidenciado em diversos pareceres e reiteradamente aplicado, com o placet da Corte Fiscalizadora.”

Forte na lição clássica sobre a matéria, de ALMIRO DO COUTO E SILVA, concluiu a ilustre parecerista naquele estudo:

“Erro da administração, boa-fé do administrado, razoável lapso de tempo – eis os requisitos necessários e bastantes que justificam a manutenção de situações consolidadas viciadas.”⁴

A partir deste pronunciamento, esta Procuradoria-Geral manifestou-se em outras ocasiões sobre o conflito – mais comum do que seria desejável – entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica. É a aplicação prática da chamada ponderação de princípios. Autor de obra referencial sobre o tema no Direito Constitucional contemporâneo, o Prof. DANIEL SARMENTO sublinha a necessidade de observar atentamente o caso concreto para definir se a hipótese é realmente de um conflito entre princípios constitucionais:

“A ponderação de interesses só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre o caso concreto. Assim, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los.”⁵

⁴ Revista *cit.*, p. 187.

⁵ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 99

Daí já se verifica que a aplicação da “segurança jurídica” não é indiscriminada nem protege toda e qualquer situação ilegal que se apresente para o Administrador. A ponderação entre a legalidade e a segurança jurídica – como de resto entre quaisquer princípios constitucionais conflitantes – somente se faz à vista do caso concreto, com a aplicação do método tópico de raciocínio, predominantemente sobre o método sistemático. É ainda DANIEL SARMENTO quem explica o significado deste diferente procedimento:

“Na tópica, o pensamento jurídico é essencialmente problemático. Enquanto, no modo de pensar sistemático, parte-se do sistema para dele deduzir a solução para o caso, na tópica o ponto de partida é o problema. Inverte-se, portanto, a perspectiva de aplicação do direito, cuja ênfase passa a recair na indução e não mais na dedução.”⁶

E é exatamente por este caráter de concretude da análise que não se pode transpor, sem mais, a solução dada em um caso concreto a outro. Estabelecer uma regra rígida de hierarquia entre os princípios constitucionais seria a própria negação da ponderação que deu origem a uma determinada solução. Uma última vez, colha-se a lição do autor acima citado:

“Assim, na ponderação de interesses, torna-se necessário o recurso ao pensamento tópico-argumentativo, pois o ordenamento constitucional não apresenta uma resposta pronta para cada conflito de princípios, que possa ser abstratamente inferida do sistema.”⁷

Percebendo então que o Parecer 002/98-CRTS utilizou-se exatamente de uma técnica de ponderação de princípios, é fácil perceber que sua invocação como precedente terá valor apenas relativo. E isto decorre exatamente da natureza do raciocínio lá empregado, que depende substancialmente das particularidades do caso.

Em outras palavras: somente se e naqueles casos em que concorrerem as três circunstâncias alinhadas (erro da Administração, boa-fé do interessado e razoável lapso de tempo), e ainda a supressão da ilegalidade possa representar sensível risco à

⁶ SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, p. 128

⁷ SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, p. 133.

segurança jurídica, é que se deverá manter, por tempo indeterminado, uma situação viciada.

Reexaminando os autos com vagar e atenção – e várias vezes, diga-se de passagem – pude verificar que não há identidade de circunstâncias entre o presente processo e aquele precedente. Senão vejamos:

No precedente que deu origem ao Parecer nº 002/98-CRTS, o erro da Administração foi repetido por muitas e muitas vezes, recebendo ainda pareceres favoráveis da Assessoria Jurídica desta Casa Legislativa e do Tribunal de Contas. No presente processo, o cômputo equivocado de tempo de serviço foi circunscrito a um universo limitado de servidores, e jamais foi objeto de apreciação por órgãos jurídicos ou pela Corte de Contas, que inclusive pronunciou-se pela correção da ilegalidade.

A boa-fé do interessado é presumida, não havendo razão para afastar a presunção na hipótese.

Quanto ao razoável lapso de tempo, é de se ponderar que o Interessado já se encontrava aposentado quando da edição do Decreto Legislativo 152/97, de modo que todo o processo de aposentadoria – aí incluídos a apreciação e o registro pelo Tribunal de Contas – deu-se sem a apreciação desta questão. Somente em 1997 é que o Interessado veio a ser enquadrado na forma do citado diploma legal, e neste momento é que ocorreu o erro da Administração que o beneficiou. Não estava portanto, como afirma na inicial, “há doze anos” percebendo seus proventos em desacordo com a legislação.

Verifica-se então que, no presente processo, as circunstâncias do caso concreto não levam a uma prevalência do princípio da segurança jurídica sobre o princípio da legalidade, devendo ser corrigido o equívoco da Administração.

4 – Proteção da boa-fé do administrado: impossibilidade de restituição dos valores já pagos

Se é certo que a prevalência do princípio da legalidade impede que o Interessado continue a se beneficiar do erro cometido pela Administração, não é menos certo que é inexigível a devolução de valores já recebidos a maior.

Aqui, relevam duas circunstâncias: em primeiro lugar, o Interessado jamais concorreu para a o erro, e sequer requereu o enquadramento, que foi efetuado por expressa determinação legal, em razão da reestruturação do sistema de progressão funcional; e, em segundo lugar, o caráter alimentar dos proventos de aposentadoria.

Diante de tais circunstâncias, a supressão da parcela indevida atende ao princípio da legalidade, ao mesmo tempo em que a não devolução dos valores já recebidos contempla a boa-fé do servidor, atendendo de forma indireta ao princípio da segurança jurídica.

É importante ressaltar que também aqui a solução é predominantemente tópica, e formulada à vista do caso concreto. Hipóteses factuais diversas poderão levar a conclusão também diversa, como a determinação de devolução de valores já recebidos.

5 – Conclusão

Do exposto, conclui-se que foi correta a modificação, efetuada pela Diretoria de Pessoal por determinação do Tribunal de Contas, dos proventos do Interessado, opinando-se pelo indeferimento do pedido de revisão contido na inicial.

Conclui-se ainda que não deverão ser restituídos os valores indevidamente recebidos pelo Interessado, presumivelmente de boa-fé e em decorrência de erro da Administração.

É o parecer, submetido à elevada consideração de Vossa Excelência.

Rio de Janeiro, 04 de setembro de 2002.

Sérgio Antônio Ferrari Filho
Procurador da Câmara Municipal do Rio de Janeiro

Visto. Aprovo o Parecer nº 07/02-SAFF, *retro*.
Encaminhe-se à consideração do Exmº Sr. Primeiro Secretário

Em 04 de setembro de 2002.

Flávio Andrade de Carvalho Britto
Subprocurador-Geral da Câmara Municipal do Rio de Janeiro