

A INCORPORAÇÃO DE QUINTOS - NATUREZA E IMPOSITIVIDADE, PARA A ADMINISTRAÇÃO, DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS.

Fábio Marroquim¹

Questão recorrente que vem desafiando a análise dos estudiosos do Direito Administrativo é a de determinar a natureza e ao grau de impositividade, para a Administração, das decisões dos Tribunais de Contas.

Atuando no exercício do controle externo da Administração Pública, o Tribunal de Contas, não raro, adota posição divergente da defendida pelo Poder Executivo, gerando conflito cujo deslinde termina nas barras dos Tribunais.

Exemplo dessa situação é a recente decisão envolvendo a questão da incorporação de quintos/décimos aos estipêndios dos servidores públicos federais. Instado por diversas instituições representativas dos servidores públicos federais ligados aos Poderes Judiciário, Legislativo e ao Ministério Público da União, o Tribunal de Contas da União emitiu o Acórdão nº 2.248/2005 – TCU - PLENÁRIO, reformando o entendimento que anteriormente adotara com relação à matéria.

Desta feita, contrariando o posicionamento anteriormente adotado e expresso nos Acórdãos 731 e 732/2003 - TCU, o Pleno conheceu do pedido de reexame daquelas decisões firmando novo entendimento o sentido de que *é devida a incorporação de parcelas de quintos, com fundamento no artigo 3º da MP 2.225-45/2001, observando-se os critérios contidos na redação original dos artigos 3º e 10 da Lei 8.911/94, no período compreendido entre 09 de abril de 1998 e 04 de setembro de 2001, data da edição da referida Medida Provisória, sendo a partir de então todas as parcelas incorporadas, inclusive a prevista no art. 3º da Lei 9.624/98, transformadas em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada – VPNI, admitindo-se, ainda, o cômputo do tempo residual porventura existente em 10 de novembro de 1997, desde que não empregado em qualquer incorporação, para concessão da primeira ou de mais uma parcela de quintos na data específica em que for complementado o interstício de doze meses, ficando também essa derradeira incorporação transformada em VPNI, nos termos do subitem 8.1.2 da Decisão 925/1999 – Plenário.*

¹ Procurador de Estado aposentado, Professor Emérito da Universidade Federal de Alagoas, Ex-Consultor-Geral do Estado.

A decisão reconheceu aos servidores federais inativos do Poder Judiciário, com reflexos nos Poderes Executivo e Legislativo, o direito à incorporação de parcelas referentes a quintos/décimos entre abril de 1998 e setembro de 2001, dando ensejo à concessão de novas parcelas, inclusive com pagamento imediato.

A União, por intermédio da AGU, impetrou Mandado de Segurança perante o STF objetivando suspender a aplicação do Acórdão 2.248/2005.

Esses fatos suscitam as seguintes indagações de ordem prática:

1. Qual a natureza dos Acórdãos dos Tribunais de Contas?
2. A decisão expressa no Acórdão nº 2.248/2005 – Plenário TCU alcança todos servidores públicos dos três Poderes da União, ou apenas os do Poder Judiciário ?
3. O fato de a União haver ingressado com Mandado de Segurança contra o referido Acórdão impede a Administração de acolher o entendimento do TCU e adotar de imediato providências administrativas para implementá-lo ?
4. A incorporação dos quintos nos moldes da decisão do TCU deve ser procedida de ofício, ou demanda provocação dos interessados ?

A resposta à primeira indagação passa pela questão da natureza jurídica das decisões do Tribunal de Contas. Como observa JÚNIOR², apesar de não serem poucos os doutrinadores que entendem que a atuação do Tribunal de Contas caracteriza-se pela função jurisdicional, a corrente dominante se fixa na ideia de que suas decisões têm natureza meramente administrativa.

Se à primeira linha se filiam doutrinadores como Roberto Rosas³, que defende de modo radical a posição de que a natureza judicante das decisões do Tribunal de Contas estaria presente tanto na apreciação das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, ou mesmo quando da apreciação dos contratos, aposentadorias, reformas e pensões, outros como Pontes de Miranda⁴, argumentam que tal função – julgar – restringe-se apenas à análise das contas dos responsáveis pela administração de dinheiros e outros bens

²JUNIOR, Luiz Manuel Gomes. **Tribunais de Contas – Aspectos Controvertidos**. 1ª Edição. Forense, Rio de Janeiro, 2003.

³ROSAS, Roberto. **A função jurisdicional do Tribunal de Contas**. RDA 93/430-437, apud Luiz Manuel Gomes Júnior. Op. Cit. p. 24.

⁴MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Livraria Boffoni, 1947, Vol. II, p. 95, apud Luiz Manuel Gomes Júnior. Op. Cit. p. 24.

públicos pois, na apreciação dos contratos, aposentadorias, reformas ou pensões, fica ressalvada a natureza eminentemente administrativa da decisão: *“a atribuição do julgamento da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões, é somente para eficácia administrativa. A inconstitucionalidade ou ilegalidade pode ser levada à apreciação do Poder Judiciário.”*

A essa linha de pensamento aderem, dentre outros, Odete Medauar, José Afonso da Silva, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e José Cretella Júnior.

Um dos argumentos esgrimidos em prol dessa doutrina assenta no fato de a Constituição, ao adotar o sistema de jurisdição única, coloca as decisões do Tribunal de Contas no rol daquelas sindicáveis pelo Poder Judiciário.

LEVY⁵, referindo-se às decisões emanadas dos Tribunais de Contas, observa que “primeiramente importa distinguir as decisões que resultam na imputação de débito ou multa, com eficácia de título executivo (art. 71, II e § 3º da C.F.), e as decisões relativas às aposentadorias (art. 71, III da C.F.)”. Quanto a essas últimas, escreve:

“[...] é preciso levar em conta que constituem em uma verificação de legalidade, de efeito meramente declaratório, e não constitutivo, condenatório ou mandamental, como leciona Rodolfo de Camargo Mancuso. Assim, limita-se a eliminar ou a resolver a incerteza do direito ou de uma relação jurídica, com o conseqüente registro dos atos examinados, caso se conclua pela legalidade – ou, se detectada ilegalidade, pela denegação do registro. Não tem por fim determinar um comando imediato à Administração ou ao agente responsável, nem efetuar qualquer condenação. [...] A Administração, como Poder Constitucional independente, caso não se convença da força jurídica dos argumentos esposados pelo Tribunal de Contas, tem o poder-dever de se valer dos remédios administrativos ou judiciais pertinentes, com o fim de reformar a decisão questionada e de fazer prevalecer o próprio entendimento sobre a matéria. Tal convencimento da Administração, no mesmo sentido ou em sentido contrário ao do Tribunal de Contas, assume relevante importância na medida em que norteará a sua atuação não apenas no processo que sofreu glosa pelo Tribunal, mas em todos os processos de aposentadoria cujos servidores se encontrem em situação análoga ou similar.

E mais adiante, [...] o controle do Tribunal de Contas sobre os atos da Administração não é um controle vertical, onde há um órgão superior e outro inferior subordinado, mas é um “controle

⁵ LEVY, José Luiz. **O Tribunal de Contas e as Aposentadorias**. RDA, 217: 135-150

horizontal interorgânico”, [...]. É um controle entre órgãos constitucionais, os quais, assevera Anna Cândida da Cunha Ferraz, “não estão ligados entre si por relação hierárquica, mas que vem estabelecidos na própria norma fundamental, em um mesmo nível de separação funcional; trata-se destarte, de controle interorgânico, horizontal.”

Vale trazer à colação a manifestação do Ministro Marco Aurélio de Mello, do STF, no Conflito de Atribuições nº 40:

A concessão de aposentadoria ao servidor público, em sentido lato, insere-se na atribuição constitucional e legal de cada Poder competente para a nomeação [...] O pronunciamento da ilegalidade da aposentadoria impõe-se ordinariamente à observância do órgão ou entidade que a concedeu, pela força do convencimento jurídico das próprias decisões emanadas do Tribunal de Contas da União, órgão estatal constitucionalmente qualificado para o controle desse e de outros atos da Administração. ⁶

Definido o caráter administrativo das decisões do Tribunal de Contas, passemos a segunda indagação, qual seja: A decisão posta no Acórdão 2.248/2005 alcança os servidores públicos dos três Poderes da União ou, apenas, os do Poder Judiciário ?

Versando interpretação de Lei, certamente aquela decisão, em homenagem ao princípio da igualdade, alcança todas as situações individuais que se ajustem à hipótese de incidência considerada. Em outras palavras, aproveita a todos os aposentados que hajam passado para a inatividade com proventos acrescidos de quintos ou décimos incorporados em desacordo com a interpretação a que chegou o TCU no Acórdão 2.248/2005, bem como aos ativos que percebem a mesma vantagem.

Quanto ao terceiro questionamento, o fato de a União haver ingressado com Mandado de Segurança contra o Acórdão 2.248/2005 – TCU, por si só não impede a Administração de acolher o entendimento daquela Corte de Contas. Postura diversa, observe-se, há que ser adotada caso o STF venha, como quer a AGU, a suspender a eficácia da decisão do TCU.

Cumprindo observar, no entanto, que “embora a decisão do TCU obrigue a Administração, não poderá ser simplesmente acatada como se fosse proferida

⁶ RTJ 149/323, p. 326

por órgão hierarquicamente superior, ou como se dotada da força e definitividade da coisa julgada judicial”⁷.

Em vista disso, por força do princípio consubstanciado no verbete nº 473 da Súmula da Jurisprudência Dominante do Supremo Tribunal Federal de que a Administração não só pode, como deve, invalidar os próprios atos quando viciados por ilegalidade, a responsabilidade pelo acatamento ou não da decisão contida no Acórdão 2.248/2005 – TCU recai sobre o Administrador.

Assim sendo, e respondendo à quarta pergunta - se a incorporação dos quintos nos moldes da novel decisão do TCU deve ser procedida de ofício ou mediante provocação dos interessados, entendo viáveis ambas as hipóteses desde que observadas as seguintes cautelas:

a) delimitar, no âmbito de cada órgão ou entidade, o universo de ativos e inativos que têm quintos ou décimos incorporados a seus vencimentos ou proventos;

b) revisar, no caso dos ativos, os processos administrativos de que resultaram as incorporações e, no caso dos inativos, os Processos e os Atos de Aposentadoria, retificando-os se for o caso;

c) verificar a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros suficientes para suportar o incremento de despesa decorrente da implantação imediata dos novos valores de quintos/décimos a serem incorporados tanto aos vencimentos dos ativos quanto aos proventos do inativos.

A contrario sensu, isto é, no caso de a Administração não acatar a decisão de que se trata, cumpre-lhe quedar-se inerte e, quando provocada, negar a adoção da providência mantendo seu convencimento sobre a matéria, ou recorrendo ao judiciário para fazê-lo prevalecer – com sua irrenunciável independência funcional – de modo a que, afinal, venha a adotar posicionamento coerente e uniforme sobre a matéria, extensível a todos os casos similares ou análogos.

⁷ LEVY, José Luiz. RDA, vol. 217, p. 142

