

MANDADO DE SEGURANÇA nº 25.763/DF

Relator: Exm.º Sr. Ministro Eros Grau

Impetrante: União

Impetrado: Tribunal de Contas da União

Administrativo. Mandado de segurança impetrado pela União. Servidores. Remuneração. Acórdão nº 2248/2005 do Tribunal de Contas da União. Incorporação indevida de Quintos e Décimos já extintos. Cabimento do writ. Princípio da inafastabilidade da jurisdição. Direito líquido e certo da impetrante. Ilegalidade do ato praticado pelo TCU. Violação ao art. 71, incisos II, IV, VIII e IX da CR/88. Leis Federais nºs 9.527/97 e 9.624/98. Conversão de medidas provisórias. Vigência e eficácia. Magnitude da repercussão financeira. Memorial pela concessão da segurança.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

A UNIÃO, representada por seu Advogado-Geral (art. 4º, inciso III, da Lei Complementar nº 73/93), nos autos do mandado de segurança em epígrafe, vem apresentar

MEMORIAL,

fazendo-o conforme os seguintes fundamentos de fato e de direito.

I – DO CASO DOS AUTOS

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela União com o escopo de afastar a decisão do Tribunal de Contas da União – Acórdão nº 2.248/2005 –, que reconheceu a legalidade de incorporação aos vencimentos dos servidores públicos federais de quintos/décimos, com fundamento no art. 3º da MP nº 2.225-45/2001, no período compreendido entre 09/04/1998 e 04/09/2001.

Alega a impetrante, em síntese, que o aludido julgado contraria direito líquido e certo da União contido no art. 71 da CF/88, que impõe ao Tribunal de Contas da União a fiscalização do fiel cumprimento, por parte dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, das Leis nº 9.527/1997 e nº 9.624/1998 e da MP nº 2.225-45/2001. Requer, ao final, que “*não sejam concedidas novas parcelas referentes a quintos ou décimos referentes a período posterior a 11.11.97, ou quando muito, a 08.04.98, fiscalizando o cumprimento dessa determinação*”.

Instado a se pronunciar, o Procurador-Geral da República manifestou-se pela denegação da segurança.

Em 14 de fevereiro de 2006, o relator do presente *mandamus* negou-lhe seguimento, sem apreciar o mérito do pedido.

Irresignada com tal decisão, a União interpôs, **tempestivamente**, agravo regimental. Ao analisar tal recurso, o Ministro relator **reconsiderou** a decisão, dando, com isso, prosseguimento ao presente *writ*.

Em seguida, o Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e Ministério Público da União no Distrito Federal – SINDJUS/DF – e outros interpuseram agravo regimental em face do mencionado julgado.

Assim, vem a Advocacia-Geral da União apresentar memorial com a finalidade de prestar alguns esclarecimentos acerca da questão, demonstrando o cabimento da ação mandamental em apreço, bem como as razões que levam à **concessão da segurança pleiteada**.

II — DO CABIMENTO DO *WRIT*. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. ATOS DE EFEITOS CONCRETOS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO

Sustentam os sindicatos interessados que a União teria questionado ato consistente na interpretação de lei, sendo, por isso, carecedora de interesse processual. Aduzem, ainda, que o pedido formulado nessa demanda seria juridicamente impossível, na medida em que se pretende impor ao Tribunal de Contas da União o acolhimento da representação formulada pelo Ministério Público Federal.

Tais afirmações, contudo, não condizem com a realidade.

É certo que o Acórdão nº 2.248/2005 do TCU é desprovido de caráter impositivo ou cogente. Entretanto, não se pode concordar com a alegação de que o referido *decisum* seria destituído de efeitos concretos, confundindo-se, portanto, com uma “lei em tese”.

Da análise dos autos, infere-se que a representação interposta pelo *Parquet* visava, **concretamente**, que a Corte de Contas, em atenção ao seu dever de agir (art. 71, CR), vedasse aos órgãos do Poder Judiciário da União -

que estavam autorizando, ilegalmente, a incorporação de novos quintos/décimos até setembro/2001 – a manutenção desses benefícios, obrigando-os a desfazer esses atos. Pretendia, ainda, que o TCU determinasse aos demais Poderes da União e Tribunais, que ainda não haviam realizado tais concessões, que se abstivessem de procedê-las.

Percebe-se, pois, que o Ministério Público não buscava apenas saber, em tese, qual a linha interpretativa do TCU sobre as Leis nº 9.527/97 e 9.624/98, e a MP nº 2.225-45/2001, mas **objetivou, claramente, que o Tribunal determinasse, de forma direta, aos órgãos e entes dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo que se abstivessem de conceder aos seus servidores novas incorporações de quintos/décimos até setembro/2001**, pleito esse que foi indeferido pelo TCU ao julgar a representação improcedente¹. Por tais razões, torna-se inconcebível aceitar que o Acórdão TCU nº 2.248/2005 assemelhe-se a uma “lei em tese”.

Quanto à alegada impossibilidade jurídica do pedido, importante pontuar que **a União, em nenhum momento, cogitou ser “titular do direito de decidir pelo Tribunal de Contas”**. Em verdade, a presente impetração busca tutelar dois relevantes direitos titularizados pela União: **o direito a que a parcela de seu poder conferida ao TCU, pelo art. 71 da CF/88, seja efetivamente exercida; e o direito a que, em consequência do exercício desse poder, o TCU**

¹ A fim de corroborar esse entendimento – consolidando a existência de interesse de agir –, oportuno transcrever trecho dos pedidos formulados na presente ação: “(...) - que seja concedido, ao final, o mandado de segurança para se afastar definitivamente o ato coator que fere direito líquido e certo da União de que o Tribunal de Contas da União, cumprindo os deveres a ele estabelecidos pelo artigo 71 da Constituição, acolha a representação formulada pelo Ministério Público junto ao TCU e determine que os órgãos e entes dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo da União, incluindo o Ministério Público da União, atendendo ao que prevêem as Leis nºs 9.527/97 e 9.624/98, bem como a Medida Provisória nº 2.225-45/2001, não concedam novas parcelas de quintos ou décimos referentes a período posterior a 11.11.97, ou, quando muito, a 08.04.98, fiscalizando o cumprimento dessa determinação, inclusive sobre os órgãos e entes que eventualmente já tenham ilegalmente reconhecido essas vantagens, aplicando ainda as penalidades previstas em lei nos casos de descumprimento de sua determinação.”

resgare a União da realização de despesas ilegais com seu pessoal.

Negar essa possibilidade não parece a solução mais adequada para o caso, pois a finalidade da União, ao impetrar o presente *writ*, é exatamente que **esse Supremo Tribunal Federal controle a legalidade do ato do TCU consubstanciado no Acórdão TCU nº 2.248/2005 – Plenário**, pelo qual a Corte de Contas, ilegalmente, julgou improcedente representação formulada pelo seu Ministério Público².

A propósito, oportuno destacar que **a votação na Corte de Contas que originou a decisão ora impugnada ocorreu por apenas um voto de diferença**, em apertada placar de 04 (quatro) votos a 03 (três), **modificando anterior entendimento consolidado** naquele Tribunal através dos Acórdãos nº 731 e nº 732, ambos do ano de 2003.

As decisões anteriores, as quais devem ser restauradas, proibiram a incorporação de novas parcelas de quintos/décimos a partir de 08/04/1998. Por esclarecedores, transcrevem-se trechos elucidativos dos citados acórdãos:

Acórdão 732/2003:

“9.1 determinar a todos os órgãos do Poder Judiciário que se abstenham de conceder a seus servidores novas parcelas de “quintos” ou “décimos”, posteriormente a 08/04/1998, ressalvada a possibilidade de cômputo do tempo residual de exercício de funções comissionadas não empregado até 10/11/97, nos termos da Decisão nº 925/1999 TCU - Plenário.” (grifou-se).

Acórdão 731/2003:

“9.2 deixar assente que o art. 3º da Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/2001, não restabeleceu dispositivos legais anteriormente revogados de modo a permitir a incorporação de novas parcelas de

² Ainda quanto ao cabimento, cumpre destacar, outrossim, o teor da Enunciado nº 625 da Súmula desse STF: “*controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança*”

quintos ou décimos; antes, tão-somente transformou em vantagem pessoal nominalmente identificada as parcelas até então já integradas à remuneração dos servidores.

9.3. determinar ao Tribunal Superior do Trabalho, aos Tribunais Regionais do Trabalho do Rio de Janeiro, Minas Gerais, Paraná, Distrito Federal, Alagoas e Sergipe e ao Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal que se abstenham de conceder a seus servidores novas parcelas de "quintos" ou "décimos", posteriormente a 08/04/1998, ressalvada a possibilidade de cômputo do tempo residual de exercício de funções comissionadas não empregado até 10/11/97, nos termos da Decisão nº 925/1999 TCU - Plenário." (grifou-se).

Isto posto, pode-se concluir que o mandado de segurança em análise encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio, visto que os atos praticados pelo TCU, ainda que no exercício de sua competência constitucional, **são passíveis de controle judicial, dada a inafastabilidade da jurisdição garantida na Constituição, nos termos do art. 5º, XXXV, da CF/88.**

III – DA ILEGALIDADE DO ATO COATOR: INEXISTÊNCIA DO SUPOSTO DIREITO À INCORPORAÇÃO DOS QUINTOS/DÉCIMOS PELO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 11/11/1997 E 04/09/2001

A fim de evidenciar a ilegalidade do suposto direito à incorporação de quintos/décimos pelo exercício de função de chefia, direção e assessoramento no período compreendido entre 11/11/1997 e 04/09/2001, cumpre rememorar, de forma sistematizada, o extenso histórico legislativo referente à questão — confira-se, ainda, o quadro com “linha do tempo”, ora em anexo.

III.1 Histórico legislativo do tema após 1990. Dupla cadeia de medidas provisórias

Sem embargo da primeira disposição em matéria de quintos, introduzida pela Lei nº 6.732/79, abaixo está a sequência de normas, cronologicamente organizadas, que cuidaram do instituto após o ano de 1990.

- **Lei n.º 8.112/90, art. 62, redação original:** (11 de dezembro de 1990)

a cada 12 (doze) meses, o servidor investido em função de chefia, direção ou assessoramento incorporaria à sua remuneração a fração de 1/5 (um quinto) do valor referente àquela atividade, estabelecendo ainda que lei específica definiria os critérios dessa incorporação;

- **Lei n.º 8.911/94:** (11 de julho de 1994)

apenas pormenorizou os dispositivos encartados na Lei n.º 8.112/90, mantendo seus balizamentos;

a.1) Medida Provisória nº 831/95: (18 de janeiro de 1995)

extinguiu a possibilidade dessas incorporações (art. 1º), determinou que os valores já incorporados fossem convertidos em vantagem pessoal nominalmente identificada – VPNI (art. 2º) e previu que o Poder Executivo encaminharia ao Congresso Nacional, em sessenta dias, um projeto de lei estabelecendo novos critérios para a concessão de novas incorporações (art. 5º). Foi reeditada pela MP n.º 892/95, de 16 de fevereiro de 1995;

a.2) Medida Provisória nº 939/95 (16 de março de 1995)

Dentro do prazo de sessenta dias, em vez de enviar ao Congresso Nacional um projeto de lei que definisse as novas regras para as incorporações, o Poder Executivo decidiu fixá-las desde logo. A incorporação, a partir de então, não seria mais de quintos, mas de décimos, estando resguardado inclusive o período que ficara a descoberto desde a MP n.º 831, que extinguiu as incorporações. Essa MP foi sucessivamente reeditada, no ano de 1995, sob as seguintes numerações: 968, 993, 1.019, 1.042, 1.068, 1.095 e 1.127. Todas convalidaram as precedentes.

a.3) Medida Provisória nº 1.160/95 (26 de outubro de 1995):

Não convalidou as precedentes no tocante à matéria em discussão. Determinou que, durante a vigência da MP n.º 831 e seguintes, ou seja, de 19 de janeiro de 1995 a 26 de outubro de 1995, deveria ser mantida a aplicação da redação original da Lei n.º 8.911/94, ou seja, seria permitida nesse período a incorporação de quintos.

E mais: após a sua edição, passaria a ser permitida a incorporação de décimos, transformando-se os quintos até então concedidos em décimos (na razão de um para dois).

a.4) Medida Provisória nº 1.195/95 (24 de novembro de 1995):

Ao reeditar a MP n.º 1.160, fez novas alterações no artigo 3º da Lei nº 8.911/94, bem como nos artigos 3º e 4º da própria MP. As alterações promovidas pelo seu art. 4º determinaram que a redação original da Lei nº 8.911/94, que permitia a incorporação de quintos, seria aplicada somente até 28.02.95, e que, após 1º.03.95, já seria aplicável a nova redação da mesma Lei, ou seja, seriam incorporáveis décimos, e não mais quintos, o que continuaria ocorrendo mesmo após 27.10.95, data de publicação da MP n.º 1.160.

a.5) Medida Provisória nº 1.480-19/96 (4 de julho de 1996):

Única alteração: passou a exigir um interstício mínimo de 5 (cinco) anos para o início da incorporação de décimos, convalidando os atos anteriores. Ainda acrescentou uma nova regra (art. 6º), para permitir que, observado o novo interregno, o período residual de tempo de serviço transcorrido até sua edição pudesse ser computado para a concessão de novas parcelas de décimos no futuro, quando a “carência” quinquenal viesse a ser cumprida, resguardadas aquelas incorporações já concedidas até então.

***b.1) Medida Provisória n.º 1.573-9/97** (3 de julho de 1997):

Inaugurou uma nova cadeia de medidas provisórias, independente da que até

aqui se apresentou, ao consolidar uma série de alterações na Lei n.º 8.112/90. Como forma de dar sistematização ao citado diploma normativo, nessa sua reedição de 03.07.97, ela também passou a dispor sobre a nova redação do artigo 62 da Lei n.º 8.112/90, sem alterar, contudo, a redação que havia sido prevista na MP n.º 1.480-31.

Por esse motivo, a Medida Provisória n.º 1.480-32, de 11.07.97, assim como as que lhe sucederam, até a MP n.º 1.480-36, de 06.11.97, as quais reeditaram a MP n.º 1.480-31 e convalidaram as que precederam esta, não mais trataram da nova redação do artigo 62 da Lei n.º 8.112/90, deixando-a para a MP n.º 1.573-9 e seguintes, até a sua reedição na Medida Provisória de n.º 1.573-13, de 27.10.97.

***b.2) Medida Provisória n.º 1.595-14/97** (10 de novembro de 1997):

Reeditou a MP n.º 1.573-13 (de 27 de outubro de 1997). Todavia, a **partir de então, restou extinta a possibilidade de incorporação de novas parcelas** (art. 14), com a consequente revogação dos artigos 3º e 10 da Lei n.º 8.911/94 e conferindo nova redação ao artigo 62 da Lei n.º 8.112/90, bem como transformou as parcelas já concedidas até 10.11.97 em vantagem pessoal nominalmente identificada (art. 14, §1º).

Considerando essas alterações, é certo que a próxima reedição daquela primeira série de medidas provisórias teria que contemplá-las, o que de fato ocorreu, como se observa na Medida Provisória n.º 1.480-37, de 04 de dezembro de 1997.

a.6) Medida Provisória n.º 1.480-37/97 (4 de dezembro de 1997):

Com a extinção da possibilidade de incorporação de novos quintos e décimos após 11 de novembro de 1997, levada a efeito pela MP n.º 1.595-14, gerou-se a necessidade de que aquela sequência mais antiga de medidas provisórias refletisse o ocorrido. Por esse motivo, a MP n.º 1.480-37, que veio reeditá-las, manteve a redação anterior, especialmente dos artigos 2º, 3º e 5º da referida Medida Provisória, mas os adaptou à nova limitação temporal existente para as

referidas incorporações. Ou seja: foram convalidadas as alterações havidas desde as MPs n.º 1.160 e 1.195, que permaneceram então vigentes.

***b.3) Lei n.º 9.527/97** (10 de dezembro de 1997):

Conversão da MP n.º 1595-14/97: com redação idêntica àquela, tendo apenas o artigo 14 sido renumerado para 15, havendo ainda expressa convalidação da referida MP. Logo, **as normas referentes à extinção da incorporação consideram-se válidas e eficazes desde 11 de novembro de 1997**, data de publicação da MP n.º 1.595-14³.

a.7) Medida Provisória n.º 1.480-38/97 (31 de dezembro de 1997):

Primeira reedição daquela série mais antiga de normas após a publicação da Lei n.º 9.527/97, veio a MP n.º 1.480-38/97 a repetir, *ipsis litteris*, o disposto nos artigos 2º, 3º e 5º da MP n.º 1.480-37/97. O mesmo se deu nas suas reedições sucessivas, as Medidas Provisórias n.º 1.480-39, 1.480-40 e 1.644-41.

a.8) Medida Provisória n.º 1.644-41/98 (17 de março de 1998):

A MP n.º 1.644-41 foi convertida na Lei n.º 9.624, de 02.04.98

a.9) Lei n.º 9.624/98 (02 de abril de 1998):

Apenas a conversão da Medida Provisória n.º 1.644-41, que, por sua vez, veio reeditar e convalidar uma longa sequência de medidas provisórias que se iniciou com as MP's n.º 1.160/95 e 1.195/95. Assim, os seus dispositivos, especialmente

³ “Art. 15 Fica extinta a incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei nº 8.911, de 11 de julho de 1994

§ 1º A importância paga em razão da incorporação a que se refere este artigo passa a constituir a partir de 11 de novembro de 1997, vantagem pessoal nominalmente identificada, sujeita exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais.

§ 2º É assegurado o direito à incorporação ou atualização de parcela ao servidor que, em 11 de novembro de 1997, tiver cumprido todos os requisitos legais para a concessão ou atualização a ela referente”

os artigos 2º e 3º, são considerados em vigor desde a edição daquelas normas mais antigas, o que também se dá com o seu artigo 5º, que vigora desde a MP nº 1.480-19⁴.

Por isso, pode-se concluir que esses três dispositivos possuem vigência anterior à MP nº 1.595-14/97 e à Lei nº 9.527/97, que extinguiram a possibilidade de novas incorporações, motivo pelo qual a edição da Lei nº 9.624/98 não pode ser considerada como fonte geradora de novos direitos.

c.1) Medida Provisória nº 2.225-45/01 (04 de setembro de 2001):

A superveniência deste ato normativo suscitou outras dúvidas acerca da limitação temporal para incorporação dos quintos/décimos. Isto porque, ao acrescentar o art. 62-A à Lei nº 8.112/90, transformou em VPNI as verbas referidas nos arts. 3º e 10 da Lei nº 8.911, de 11 de julho de 1994, e no art. 3º da Lei nº 9.624, de 2 de abril de 1998 — então já extintas, no entender da União.

Sua *ratio* seria, portanto, apenas a de esclarecer que os servidores que, até 11.11.97, tivessem cumprido todos os requisitos, ainda que o reconhecimento haja ocorrido após essa data, também teriam as verbas transformadas em VPNI. Além de manter, topograficamente, a referência consolidada no Estatuto dos Servidores Públicos, considerando que as rubricas de VPNI continuariam sendo pagas no futuro a todos os servidores que adquiriram quintos e décimos até 11.11.97.

⁴ Lei nº 9.624/98: “Art. 2º Serão consideradas transformadas em décimos, a partir de 1º de novembro de 1995 e até 10 de novembro de 1997, as parcelas incorporadas à remuneração, a título de quintos, observado o limite máximo de dez décimos.

Parágrafo único. A transformação de que trata este artigo dar-se-á mediante a divisão de cada uma das parcelas referentes aos quintos em duas parcelas de décimos de igual valor

Art. 3º Serão concedidas ou analisadas as parcelas de quintos a que o servidor faria jus no período compreendido entre 19 de janeiro de 1995 e a data de publicação desta Lei, mas não incorporadas em decorrência das normas à época vigentes, observados os critérios”

III.2 A Lei nº 9.527/97 em cotejo com a Lei nº 9.624/98. Peculiar situação temporal. Leis de conversão de medida provisória. Eficácia. Termo inicial

Após a análise desta intrincada cadeia de atos normativos, extrai-se o seguinte dado: a Lei nº 9.624/98 originou-se das MP nºs 1.160/95 e 1.195/95, enquanto a aprovação da Lei nº 9.527/97 — que extinguiu a incorporação de novas parcelas e transformou as já concedidas em VPNI — teve origem na MP nº 1.573-9, de 03.07.97.

Isto é, ocorreu um fato inusitado, pois **a sequência de medidas provisórias mais recente foi convertida antes**, quando da publicação da citada Lei nº 9.527, de 11.11.97, do que aquela série mais antiga, também alvo de sucessivas reedições e convalidações.

Não é demais lembrar que as medidas provisórias, como destacado pelo Min. CELSO DE MELLO, ao votar na ADI-MC nº 293, “*possuem vigência e eficácia imediatas*”, uma vez que “*se revestem de força, eficácia e valor de lei.*”⁵

Cumpre assentar, ainda, que a conversão, pelo Congresso Nacional, do ato normativo editado pelo Presidente da República em lei tem tão somente “*o efeito de conservar a disciplina normativa constante da decretação de urgência, que já havia, em momento anterior, criado, extinguido ou modificado direitos*”^{6 7}.

Portanto, a transitoriedade da MP inicial dá lugar à estabilidade da lei

⁵ ADI 293-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 16.04.1993, p. 6429.

⁶ AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *A medida provisória e sua conversão em lei*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.300

⁷ No mesmo sentido: “*o conteúdo normativo da medida provisória, no caso de sua aprovação, permanecerá produzindo efeitos que eclodiram desde o início.*” NETO, Sulaiman Miguel. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Org.). *Medidas provisórias e segurança jurídica*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, pp. 114-115

convertida, **sem solução de continuidade**. Foi o que bem observou o Min. PAULO BROSSARD, por ocasião do julgamento da ADI-MC nº 295, a saber:

*“(...) Se o governo aprovar a medida, no todo ou em parte, a norma convertida em lei não sofre solução de continuidade; altera-se o fundamento da sua autoridade, e por isto alguns autores falam que se opera uma ‘novação’, mas isto ocorre **sem que haja solução de continuidade**: a medida **se prolonga** na lei: o botão faz-se flor”⁸*

Fixadas tais premissas, retorna-se à edição da Lei nº 9.624, de 02.04.98. De sua introdução, não transparece qualquer dúvida no que se refere ao fato de ela ser uma conversão da MP nº 1.644-41⁹ – a qual, por sua vez, veio reeditar e convalidar uma longa sequência de medidas provisórias que se iniciou com as MPs n.ºs 1.160 e 1.195.

Saliente-se que foram **apresentadas 30 emendas à MP nº 1.644-41**. Porém, como se observa da análise do Diário do Congresso Nacional de 02.04.98 (fls. 202 dos autos), todas **foram rejeitadas**, e o ato normativo **foi aprovado sem qualquer alteração em seu texto**. E mais, ainda que quisesse fazê-lo, o Parlamento encontraria óbice nos arts. 61, §1º, II, “a” e 63, I, da Lei Maior¹⁰.

Assim, os seus dispositivos, especialmente os artigos 2º e 3º, são considerados em vigor desde a edição daquelas normas mais antigas, notadamente a partir da MP nº 1.480-37. Por outro lado, essa **ausência de**

⁸ Voto proferido na ADI-MC nº 295, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio. DJ de 22.08.1997, p. 38758.

⁹ “Lei Nº 9.624 - de 2 de abril de 1998 - Altera dispositivos da Lei nº 8.911, de 11 de julho de 1994, e dá outras providências. Faço saber que o PRESIDENTE DA REPÚBLICA, adotou a Medida Provisória nº 1.644-41, de 1998, que o CONGRESSO NACIONAL aprovou, e eu, ANTONIO CARLOS MAGALHÃES, PRESIDENTE, para os efeitos do disposto no parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal, promulgo a seguinte Lei” (grifou-se).

¹⁰ “Art. 61 - § 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que (...) II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, (...).

Art. 63. Não será admitido aumento da despesa prevista.

I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, § 3º e § 4º.”

vigência autônoma não é infirmada nem mesmo pela expressão constante no *caput* do artigo 3º da Lei nº 9.624/98: “*data de publicação desta Lei*”.

Na realidade, a data a ser considerada como prevista nesse dispositivo não é a de edição da Lei nº 9.624/98, mas aquela em que a norma nele constante teve o início de sua vigência, o que se deu com a publicação das MPs originárias, as quais foram todas convalidadas, ao teor do seu art. 20.

Por isso, pode-se concluir que os seus dispositivos **possuem vigência anterior à MP nº 1.595-14/97 e à Lei nº 9.527/97**, que extinguiram a possibilidade de novas incorporações, motivo pelo qual a edição da **Lei nº 9.624/98 não pode ser considerada como fonte geradora de novos direitos**.

Outra não foi a conclusão adotada pelo Ministro GUILHERME PALMEIRA, do Tribunal de Contas União, ao votar no Acórdão nº 731/2003¹¹ – orientação que se pretende ver restabelecida neste *writ*:

“(...) 24.O que ora se pretende demonstrar é que não houve a indigitada derrogação do § 1º do artigo 15 da Lei 9.527/97 pelos artigos 2º e 15 da Lei 9.624/98, pela simples razão de que a vigência das normas veiculadas por estes artigos é anterior à publicação da Lei 9.527/97, senão vejamos.

*25.As normas que essas leis veiculam não ingressaram no ordenamento jurídico apenas no momento de sua promulgação. **Vinham já produzindo efeitos desde o momento em que introduzidas nas medidas provisórias que as antecederam.***

26.No caso específico dos comandos existentes nos artigos 2º e 15 da Lei 9.624/98, verifica-se que esses dispositivos de lei já encontravam-se em vigor e dotados de plena eficácia, desde o dia 5/12/97, momento da publicação da MP 1.480-37, no caso do artigo 2º, e desde o dia 15/02/97, momento da publicação da MP 1.480-27, no caso do artigo 15, na forma a seguir transcrita.”

Mais adiante, em voto-complementar, o mencionado Ministro ratificou a inexistência de derrogação da Lei nº 9.527/97 pela Lei nº 9.624/98:

¹¹ Processo TC nº 013.092/2002-6. D.O.U de 30.06.2003

*“Por fim, gostaria de ressaltar que em momento algum afirmei em meu Voto Revisor que a Lei 9.624/98 seja anterior à Lei 9.527/97, para efeito da disciplina estabelecida no artigo 2º da LICC. O que assevero é que os comandos existentes nos artigos 2º e 15 da Lei 9.624/98 são anteriores ao comando contido no artigo 15, § 1º da Lei 9.527/97, porque dispostos inicialmente em medidas provisórias com eficácia **extunc e com efeitos convalidados** pelo artigo 20 da Lei 9.624/98, sendo, portanto, impossível aplicar-lhes a disciplina do artigo 2º da LICC, para efeito de revogação do § 1º do artigo”¹²*

Daí porque resta equivocada, na hipótese, a aplicação do clássico brocardo *lex posterior derogat priori*, o que conduz à ilegalidade do ato coator, em afronta ao direito de a União não realizar despesas orçamentárias indevidas, com parcelas remuneratórias já extintas desde 11.11.1997.

III.3 A Medida Provisória nº 2.225-45/2001. Correta exegese

Por último, rebate-se a tese segundo a qual somente com o advento da MP n.º 2.225-45, de 4 de setembro de 2001, estaria extinto o direito a novas incorporações, transformando-se as mesmas em vantagem pessoal nominalmente identificada – VPNI.

Ao acrescentar o art. 62-A à Lei nº 8.112/90¹³, esta MP buscou, a rigor, dois objetivos: um, interpretativo e outro, topográfico. Como visto, sua razão de ser seria, portanto, apenas esclarecer que os servidores que, até 10.11.97, tivesse cumprido todos os requisitos, ainda que o reconhecimento haja ocorrido após essa data, também teriam as verbas transformadas em VPNI. Além de

¹² De igual modo, concluiu o Min. Benjamin Zylber: *“Feitas essas considerações, concluo que a tese de que a Lei n.º 9.624/98 revigorou o instituto da incorporação da retribuição pelo exercício do cargo em comissão não se sustenta. (...) De fato, é de reconhecer que a técnica legislativa não foi das mais felizes. Não obstante, não posso extrair dessa redação entendimento tão amplo que me permita concluir pelo renascimento dos ‘quintos’ ”.* (grifou-se).

¹³ *“Art. 62-A. Fica transformada em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI a incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei no 8.911, de 11 de julho de 1994, e o art. 3º da Lei no 9.624, de 2 de abril de 1998.”*

manter, topograficamente, a referência consolidada no Estatuto dos Servidores Públicos, considerando que as rubricas de VPNI continuariam sendo pagas no futuro a todos os servidores que adquiriram quintos e décimos até 10.11.97.

Quanto à menção expressa feita pelo novo artigo 62-A da Lei n.º 8.112/90 aos artigos 3º e 10 da Lei n.º 8.911/94 e 3º da Lei n.º 9.624/98, também não há como se extrair daqui a convicção de que isso signifique que, à época da edição desta MP n.º 2.225-45/2001, aqueles dispositivos ainda estivessem em vigor. Isto porque a referência à Lei n.º 8.911/94 somente se deu porque eram seus artigos 3º e 10 que conferiram, no passado, as regras referentes às incorporações.

Anote-se, no ponto, a regra do art. 2º, §3º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942), segundo a qual **não há reprivatização tácita no direito brasileiro — muito menos retroativa**. Ademais a Exposição de Motivos nº 287/MP, de 04 de setembro de 2001, é inteiramente clara ao registrar que a redação proposta *“visa transformar em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada as parcelas já incorporadas (...) por tratar-se de vantagens que não mais se incorporam às remunerações.”*

Trata-se de consequência lógica das medidas de política fiscal e remuneratória, mediante contenção de despesas, consoante bem observado pelo Min. WALTON ALENCAR, do TCU, ao votar no Acórdão 2.248/2005:

“Por fim, convém contextualizar os fatos ocorridos quando se deu a edição da MP nº 2.225-45/2001. Desde as publicações das medidas provisórias que precederam a Lei nº 9.527/1997, ficam evidentes os objetivos do Estado de reduzir os excessivos gastos de pessoal que pudessem frustrar o equilíbrio fiscal das contas de governo federal” (grifou-se).

A título de argumentação, ainda que se desconsiderasse a origem da

Lei n.º 9.624/98 – proveniente daquela primeira série de medidas provisórias que foram sendo reeditadas e convalidadas –, e se interpretasse a mesma isolada e literalmente para permitir a incorporação de quintos até a data de sua publicação, em 08.04.98, **jamais a MP nº 2.225-45/2001 poderia significar a extensão do direito a novas incorporações até o ano de 2001**, como fez o TCU.

Primeiro porque a **própria leitura da Lei n.º 9.624/98 traria para a data de sua publicação uma limitação temporal intransponível para novas incorporações**, conforme se lê em seus artigos 2º e 5º; segundo, a MP nº 2.225-45/2001 teria contemplado a nova redação da Lei nº 8.112/90, artigo 62-A, exatamente para que as incorporações concedidas entre 11.11.97 e 08.04.98 fossem transformadas em VPNI, pois elas não seriam alcançadas pela Lei n.º 9.527/97.

IV – DA REPERCUSSÃO FINANCEIRA DE EVENTUAL DECISÃO DESSA CORTE EM SENTIDO CONTRÁRIO

Segundo dados do ano de 2005, fornecidos pela Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão¹⁴, eventual manutenção do acórdão impugnado representaria um **imediate impacto orçamentário da ordem de R\$ 381.000.000,00 (trezentos e oitenta e um milhões de reais)**, apenas para pagamento de retroativos. Tal valor é, de acordo com o informado na mencionada nota técnica, fruto de um cálculo bastante “conservador”.

Além disso, ainda conforme o aludido documento, **o fluxo de despesa anual decorrente da incorporação ora impugnada seria acrescido de um montante equivalente a R\$ 59.000.000,00 (cinquenta e nove milhões de**

¹⁴ Nota Técnica nº 09/2005/SRH/MP - fls. 167/169.

reais). Assim, desde o ano de 2005, pode-se afirma a interpretação combatida na presente ação geraria um dispêndio extra mais algumas dezenas de milhões de reais, **tudo isso apenas no âmbito do Poder Executivo Federal.**

Cite-se, finalmente, reportagem publicada pelo jornal “O Globo”, em 20/12/2005, alertando que “*Trem da alegria causará rombo de R\$ 2 bi*”, ao afirmar que **a decisão do TCU, consolidada no Acórdão nº 2248/2005, foi considerada o “maior trem da alegria da administração pública deste fim de ano”**, isso porque, segundo cálculos apresentados pelo periódico, “*a medida deverá provocar um rombo de R\$ 2 bilhões aos cofres públicos só em pagamentos retroativos*”.

V – CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, reitera a União pela **concessão** da segurança para se obstar definitivamente a possibilidade de que seja violado o direito líquido e certo da União de que não sejam empregados os recursos de seu Orçamento Fiscal, pelo TCU, no indevido pagamento administrativo de parcelas remuneratórias de quintos ou décimos aos servidores, referentes a período posterior a 11.11.97, ou, quando muito, a 08.04.98.

Brasília, de maio de 2010.

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS
Advogado-Geral da União

GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Secretária-Geral de Contencioso

RAPHAEL RAMOS MONTEIRO DE SOUZA
Advogado da União

Histórico legislativo – quintos/décimos após 1988

Sequência diversa de medidas provisórias

