

319
②



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

EXCELENTÍSSIMO SR. JUIZ FEDERAL DA 20ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO
DISTRITO FEDERAL

JFDF 2021VARA 16/DEZ/2009 16:57 0000643

Referência:	Processo nº 2009.34.00.040177-3
Requerente	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Requerido:	UNIÃO

A UNIÃO, pessoa jurídica de direito público interno representada por sua Procuradoria Regional da 1ª Região, nos termos da Lei Complementar nº 73/93, vem, à presença de Vossa Excelência, nos autos do processo em epígrafe, MANIFESTAR-SE nos termos do despacho de fl. 313.

A presente manifestação foi elaborada integralmente com base nas informações fornecidas pelo TCU.

13/12
6 AB



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

DOS FATOS

Trata-se de Ação Civil Pública de nº 2009.34.00.0401773, com pedido de tutela antecipada, movida pelo Ministério Público Federal contra a União Federal e todos os servidores do TCU beneficiados pela Portaria nº 104/91, pela Resolução nº 14/93, pela Resolução 24/94 e pelo Acórdão 314/2006, todos daquele Tribunal, visando a exclusão do Adicional de Produtividade Legislativa (APL) e da Gratificação de Atividade Legislativa (GAL) da base de cálculo dos décimos/quintos/VPNI, bem como a que o TCU se abstenha de pagar aos seus servidores quaisquer valores referentes àquelas vantagens.

I. DOS FUNDAMENTOS E DOS PEDIDOS DO AUTOR

2. Argumenta o MPF, no essencial, que as referidas vantagens são ilegais porque não foram criadas por lei, mas sim pelos atos normativos do TCU acima mencionados.

3. Nessa mesma linha argumenta, em síntese, que: a) O TCU não tinha a prerrogativa, como tinham as Casas do Congresso Nacional, de instituir planos de carreira e remuneração de seus servidores por meio de Resolução; b) o fundamento utilizado pelo TCU de garantir isonomia entre os seus servidores e os do Congresso Nacional é equivocado, uma vez que não poderia ele aplicar tal instituto independentemente de lei; c) O STF, na ADIN 1.782/DF, mediante decisão cautelar de 19/03/1998, reafirmou a necessidade de lei para alteração do regime de vencimentos dos servidores do TCU; d) na sentença que proferiu na ação popular nº 2000.34.00.005401-4, o douto juiz federal considerou ilegal a concessão da Gratificação de Representação Mensal (GRM) aos servidores do TCU, mediante a Resolução de nº 26/95 daquele Tribunal; e) a omissão do Poder Legislativo em não votar o Projeto de Lei encaminhado ao Congresso Nacional



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

em outubro de 1992, relativo a remuneração dos servidores do TCU, não autorizava a Corte de Contas a editar normas infra-legais substitutivas de dispositivos legais inexistentes; f) o § 1º da Resolução TCU 24/94, que tratou da incorporação de função comissionada (quintos), “não poderia se destinar aos servidores ocupantes de cargos comissionados porque para estes a Lei nº 8.112/90 não atribuiu direito à incorporação, apenas determinou que lei específica deveria tratar do valor da remuneração destes cargos; g) o critério de incorporação fixado pelo § 1º da Resolução TCU 24/94, além de confrontar com o *caput* do dispositivo, afrontou a Lei 8.112/90, uma vez que a lei fixou a incorporação de 1/5 do valor da função comissionada enquanto que a Resolução mandou incorporar 1/5 do total da remuneração, o que “transformou a incorporação em verdadeiro adicional por tempo de serviço exercido em função comissionada”; h) a Lei 10.356/2001 – plano de carreira do TCU – não convalidou, tácita ou expressamente, os atos normativos do TCU referentes ao APL e a GAL.

4. Com base nesses argumentos e tendo em vista a informação obtida no TCU de que haveria disponibilidade orçamentária para pagamento, ainda este ano, de parcelas atrasadas relativas ao APL e GAL, o que justificaria a urgência da prestação jurisdicional, requer o MPF a antecipação de tutela para que o TCU se abstenha de efetuar tal pagamento. No mérito, pede que, (a) após reconhecida a ilegalidade e inconstitucionalidade da Portaria 101/89 [correta: Portaria nº 104/91] e das Resoluções 14/93 e 24/94, seja determinado ao TCU que: a1) se abstenha de computar na base de cálculo dos décimos/quintos/VPNI a GAL e o APL; a2) revise os processos que culminaram na imputação de crédito aos servidores do Tribunal com fulcro no art. 1º da Resolução nº 24/94 e cujos valores ainda não tenham sido pagos, para excluir da base de cálculo da incorporação de que trata o §1º do art. 1º da referida Resolução a GAL e o APL ; a3) seja adotado, na revisão dos processos a que alude o item anterior, para fins da incorporação assegurada na redação original do § 2º do art. 2º da Lei nº



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

8.112/90, o percentual de 1/5 incidente sobre a diferença entre o vencimento do cargo efetivo e do acrescido com a retribuição pelo exercício da função comissionada, respeitado o limite de cinco quintos e excluídos da remuneração a GAL e o APL; d) caso a liminar seja indeferida, sejam todos os servidores beneficiados condenados a restituir ao erário a quantia recebida devidamente corrigida, desde que o recebimento tenha se dado após a data do ajuizamento da presente ação; e) a citação da União; f) a intimação do TCU para apresentar em juízo a lista completa de todos os servidores que, na avaliação do Tribunal, tem direito ao recebimento da aludida incorporação; g) sejam citados por edital todos os servidores listados pelo TCU; h) o julgamento antecipado da lide por se tratar de matéria eminentemente jurídica.

5. O douto juízo federal da 20ª Vara Federal/DF determinou a oitiva da AGU no prazo de 72 horas, em atendimento ao disposto no art. 2º da Lei 8.437/92.

II. EM PRELIMINAR: DECADÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA

6. Será demonstrada, na contestação, a improcedência dos argumentos do autor da presente ação. Por ora, deve-se ressaltar que o direito concedido aos servidores, há muito mais de 10 (dez) anos, como será adiante esclarecido, encontra-se protegido pelo instituto da decadência de que trata o art. 54 da Lei 9.784/99, *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.

7. Embora esse dispositivo, que materializa o princípio da segurança



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

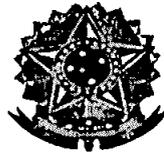
jurídica em uma de suas vertentes, dirija-se a Administração, ele também deve ser observado pelo Poder Judiciário em suas decisões, uma vez que, em casos análogos, nos quais este Tribunal, no exercício do controle externo que lhe compete, determinou a anulação de ato consolidado há mais de cinco anos, o STF, com base naquela norma e nos princípios da confiança e segurança jurídica que a inspiram, tem cassado as decisões da Corte de Contas, consoante se vê da seguinte decisão daquela Suprema Corte e de diversas outras no mesmo sentido, abaixo indicadas:

Ementa

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. Funcionário. Aposentadoria. Cumulação de gratificações. Anulação pelo Tribunal de Contas da União - TCU. Inadmissibilidade. Ato Julgado legal pelo TCU há mais de cinco (5) anos. Anulação do julgamento. Inadmissibilidade. Decadência administrativa. Consumação reconhecida. Ofensa a direito líquido e certo. Respeito ao princípio da confiança e segurança jurídica. Cassação do acórdão. Segurança concedida para esse fim. Aplicação do art. 5º, inc. LV, da CF, e art. 54 da Lei federal nº 9.784/99. Não pode o Tribunal de Contas da União, sob fundamento ou pretexto algum, anular aposentadoria que julgou legal há mais de 5 (cinco) anos. (MS 25963/DF, Dje nº 22, de 20/11/2008, Relator Min. Cezar Peluso)

No mesmo sentido: MS 26628, MS 26631, 26647, 26649, 26652, 26655, 26656, 26657, 26660 e outros, todos do mesmo Relator, julgados em 17/12/2007 e divulgados no Dje de 21/2/2008.

8. Note-se que a segurança jurídica, ou seja a necessidade de



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

estabilidade das relações jurídicas com vistas à pacificação social, materializada, em sua vertente objetiva, em institutos como a prescrição, decadência, coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito, tem ainda um componente de ordem subjetiva, que se revela, conforme a doutrina, na proteção da confiança das pessoas nos atos, procedimentos e condutas do Estado (v.g. Almiro do Couto e Silva, O princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Brasileiro. In: Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, pp. 7-59, jul./set. 2004).

9. Esse princípio é tão importante e essencial às relações jurídicas que a egrégia Suprema Corte o tem classificado como subprincípio do Estado de Direito, não admitindo, em razão dele, que atos jurídicos administrativos há muito consolidados possam ser anulados, uma vez presente, como é o caso, a boa fé dos beneficiados:

EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária - INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa fé dos



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

impetrantes: a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido

(MS 22357, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2004, DJ 05-11-2004 PP-00006 EMENT VOL-02171-01 PP-00043 LEXSTF v. 26, n. 312, 2005, p. 135-148 RTJ VOL 00192-02 PP-00620)

EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por Instrumento Jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV)

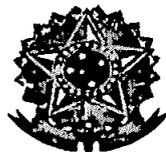
(MS 24268, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004 PP-00053 EMENT VOL-02164-01 PP-00154 RDDP n. 23, 2005, p. 133-151 RTJ VOL-00191-03 PP-00922)

10. No Voto-Vista que proferiu na última decisão acima mencionada, o Ministro Gilmar Mendes, Relator do Acórdão, a respeito da segurança jurídica, proferiu magistral lição, em toda aplicável ao presente caso, da qual extraímos os seguintes excertos:

Impressiona-me, ademais, o fato de a cassação da pensão ter ocorrido passados 18 anos de sua concessão – e agora já são 20 anos.

(...)

Mas, afigura-se-me inegável que há um "quid" relacionado com a segurança jurídica que recomenda, no mínimo, maior



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

cautela em casos como o dos autos. Se estivéssemos a falar de direito real, certamente já seria invocável a usucapião.

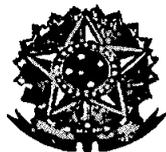
A propósito do direito comparado, vale a pena ainda trazer à colação clássico estudo de Almiro do Couto e Silva sobre a aplicação do princípio da segurança jurídica [*in Os princípios da legalidade da administração pública e o da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Publicação do Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, v. 18, nº 46, 1988, p. 11-29]:

“(...) Esclarece OTTO BACHOF que nenhum outro tema despertou maior interesse do que este, nos anos 50 na doutrina e na jurisprudência, para concluir que o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade de anulamento, em homenagem à boa-fé e à segurança jurídica. Informa ainda que a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade. Nesses casos não se pode falar em proteção à confiança do favorecido. (*Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtssprechung des Bundesverwaltungsgerichts Tübingen* 1966, 3. Auflage, vol. I, p. 257 e segs.; vol. II, 1967, p. 339 e segs.).

(...)”

Registre-se que o tema é pedra angular do Estado de Direito sob a forma de proteção à confiança.

É o que destaca Karl Larenz, que tem na consecução da paz jurídica um elemento nuclear do Estado de Direito material e também vê como aspecto do princípio da segurança o da confiança:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

“O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica.” (Derecho Justo - Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 91).

(...)

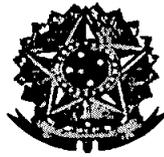
Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (v.g. art. 2º).

Como se vê, em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.

Nesse sentido, vale trazer passagem do estudo do professor Miguel Reale sobre a revisão dos atos administrativos:

“Não é admissível, por exemplo, que, nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, na época, de um dos requisitos complementares exigidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originária. Não me refiro, é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convalescer, - como seria, por exemplo, a falta de diploma para ocupar cargo reservado a médico, - mas a exigências outras que, tomadas nos eu rigorismo formal, determinariam a nulidade do ato.

Escreve com acerto José Frederico Marques que a subordinação do exercício do poder anulatório a um prazo



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

razoável pode ser considerado requisito implícito no princípio do *due process of Law*. (...) (Miguel Reale, *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2ª Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1980)

(grifamos)

11. Assim, em razão do exposto, ainda que as vantagens questionadas pelo MPF fossem realmente ilegais, o que não é verdade, consoante será oportunamente demonstrado, estão elas protegidas pelos princípios da segurança jurídica e da confiança e pelo instituto da decadência de que trata o art. 54 da Lei 9.784/99, uma vez que já se passaram muito mais de cinco anos desde a prolação dos atos que as concederam, tendo os servidores beneficiados agidos de boa-fé quanto ao recebimento dos valores que lhes foram destinados, conforme reconhece o próprio MPF na ação de que se cuida.

12. De fato, a GAL foi instituída, no âmbito do TCU, pela Portaria nº 104, de 21/11/1991 – portanto há 18 anos -, uma vez que tal norma autorizou a aplicação naquela Corte das mesmas normas regulamentares então aprovadas pela Câmara dos Deputados (Portarias nºs 41/83 e 08/87), que disciplinavam os termos de cálculo da GAL paga a ex-ocupantes de cargos DAS.

13. O APL, por sua vez, foi concedido aos servidores do TCU por meio da Resolução 14/93, de 19/05/1993 – portanto, há mais de 13 anos.

14. O direito à incorporação de tais vantagens aos quintos/décimos surgiu com a edição da Lei 8.911, em 11/07/1994, mas somente foi disciplinado naquele Tribunal em 26/12/1994, mediante a Resolução 24/94-TCU, portanto, há quase quinze anos. O fato de o direito à incorporação da APL ter sido reconhecido tardiamente, no caso em 2006, mediante o Acórdão 314/2006-TCU-Plenário, não exclui o fato de que o direito *efetivamente* surgiu quando da edição da norma que o previu, no caso a Lei 8.911/94, de 11 de julho de 2004.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

Tal é a razão pela qual tanto a Câmara como o Senado, ao reconhecerem o direito à aludida incorporação, mediante as Resoluções 70/94 e 74/94, respectivamente, terem a ela atribuído efeitos financeiros a contar de julho de 1994, que é o mês em que foi editada a referida lei.

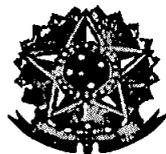
15. Observe-se que, ainda que fosse contado o prazo decadencial somente a partir da Lei 9.784, de 29/01/1999, publicada em 1º/02/1999, uma vez que não poderia tal norma retroagir, conforme o entendimento do STJ a respeito do assunto (MS 9112 e 9115/DF, dentre outros), tal prazo teria se expirado em 1º/02/2004, ou seja, muito antes de ter o MPF iniciado o Inquérito Administrativo que deu origem à presente ação, que ocorreu em 2006, conforme mencionado no Ofício 947/2009/MPF/PRDF/AC (doc. 1).

III. EM PRELIMINAR: – DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL PREVISTA NO DECRETO 20.910/32

16. Uma vez que já transcorreram muito mais de cinco anos desde a edição, pelo TCU, dos atos questionados pelo MPF, conforme acima exposto, é de se concluir também que a pretensão daquele órgão, constante da ação em comento, encontra-se fulminada pela prescrição de que trata o art. 1º do Decreto 20.910, de 6/1/1932, de seguinte teor:

Art. 1º - As dividas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

17. Anote-se que, mesmo a pretensão de anulação de ato, por suposto vício de ilegalidade, não configurado no caso, está também sujeita à prescrição de que trata o referido dispositivo legal, consoante, inclusive, já se pronunciou o Advogado Geral da União, Geraldo Magela da Cruz Quintão, mediante o Parecer



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

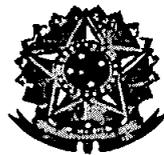
de nº GQ-10, cuja ementa tem o seguinte teor:

EMENTA: Decreto nº 20.910/32. Prescrição quinquenal. Postulação deduzida perante a Administração Pública, objetivando rever ato com vício de nulidade, acha-se sujeita à prescrição quinquenal, na conformidade do que estabelece o Decreto nº 20.910/32. A matéria tem merecido do Poder Judiciário, através de iterativos arestos de seus Pretórios, entendimento divergente do consagrado no Parecer JCF-11, de 30.01.1991 (anexo ao Parecer CR/CG nº 01, de 11.02.1992), motivo pelo qual deve ser revisto, para se conformar à doutrina e jurisprudência vigorantes.

– Acatamento do Parecer CJ nº 074/MJ, de 25.03.1993, do Ministério da Justiça que abordou de modo correto os aspectos jurídicos da questão e as razões para a revisão pleiteada.

18. Hely Lopes Meirelles (In Direito Administrativo Brasileiro, 29ª edição, Malheiros, São Paulo, 1990, p. 203) também entende que a prescrição administrativa ou judicial é também aplicável diante de atos nulos:

Finalmente, vejamos os efeitos da *prescrição* diante dos atos nulos. A nosso ver, a prescrição administrativa e a judicial impedem a anulação do ato no âmbito da Administração ou pelo Poder Judiciário. E justifica-se essa conduta porque o interesse da estabilidade das relações jurídicas entre o administrado e a Administração ou entre esta e seus servidores é também interesse público, tão relevante quanto os demais. Diante disso, impõe-se a estabilização dos atos que superem os prazos para a sua impugnação, qualquer que seja o vício que se lhes atribua. Quando se diz que os atos nulos podem ser invalidados a



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

qualquer tempo, pressupõe-se, obviamente, que tal anulação se opere enquanto não prescritas as vias impugnativas internas e externas, pois se os atos se tornaram inatacáveis pela Administração e pelo Judiciário, não há como pronunciar-se sua nulidade. Embora a doutrina estrangeira negue essa evidência, os autores pátrios mais atualizados com o Direito Público Contemporâneo a reconhecem. Como entre nós as ações pessoais contra a Fazenda Pública prescrevem em cinco anos e as reais em vinte, nesses prazos é que podem ser invalidados os respectivos atos administrativos, por via judicial.

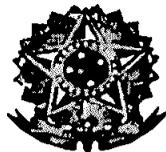
19. Assim, ainda que fossem os atos do TCU eivados de ilegalidades, que os tornassem nulos, o que não é o caso, não mais é possível a sua anulação pelo Poder Judiciário, haja vista que superado o prazo prescricional previsto no Decreto 20.910/32.

IV. DO NÃO-CABIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS E DA EXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL

20. O pedido de antecipação de tutela, formulado pelo MPF, não merece ser acolhido, uma vez que não se encontram preenchidos os requisitos previstos no art. 273 do Código de Processo Civil para a sua concessão, a saber, a verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Além disso, existe vedação legal para a concessão, no caso, de tutela antecipada. Senão vejamos:

V.2 DA INEXISTÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES

21. Como restou sobejamente demonstrado ao MPF na mencionada Nota Técnica Conjur/TCU nº 16, de 13/10/2009, a Corte de Contas em nenhum momento criou qualquer vantagem. Houve, isso sim, uma interpretação do cipoal de leis (e aqui falamos no gênero, pois incluídas Medidas Provisórias, Leis



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

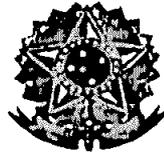
Delegadas e outras normas legais e infralegais) que vieram sendo freneticamente editadas após o advento da Constituição Federal de 1988.

22. Os Poderes da União buscavam a utópica isonomia estabelecida no § 1º do art. 39 da Carta Originária (antes da alteração promovida pela EC nº 19). Como consta da referida nota, até comissão foi criada, por lei, em busca daquela sonhada isonomia, que se mostrava um tanto mais difícil em razão da conjuntura econômica por que atravessava o país, com uma inflação incontrolável.

23. De volta ao questionamento do MPF que, mais especificamente, cuida tão somente da composição da parcela então denominada quintos (hoje transformada em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada – VPNI), cumpre salientar, de início, o quão confuso parece aquele *parquet*.

24. Como salientado pelo TCU, a Lei nº 8.911 foi editada exatamente para regulamentar o disposto no § 2º do art. 2º da Lei nº 8.112/90. Os quintos previstos na Lei 8.112 só foram devidos a partir de 1994, com a edição da Lei nº 8.911. Até então, somente percebiam quintos os servidores que preenchessem os requisitos da Lei 6.732/1979. As decisões exaradas em uma enxurrada de ações e pedidos administrativos de servidores que pretendiam ter, desde 1990, quintos com base § 2º do art. 2º da Lei nº 8.112/90 foram unanimemente contrária aos pleiteantes. Isso é fato notório, a ser amplamente visualizado em pareceres, notas e principalmente, arestos administrativos e judiciais a respeito.

25. Todos os servidores que vieram a ser regidos pela Lei nº 8.112/1990 só vieram a ter o direito previsto, repita-se, no § 2º do art. 2º da Lei nº 8.112/90 com o advento da Lei nº 8.911/1994. Vale frisar, todos os servidores regidos pela Lei nº 8.112/1990, de todos os Poderes da União, bem como da Secretaria do próprio Ministério Público Federal. Isso também é fato



ADVOGACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

notório.

26. Portanto, também a Corte de Contas devia, no que concerne ao questionamento ora apresentado pelo MPF, aplicar aos seus servidores os ditames da Lei nº 8.911/1994.

27. Quanto ao pedido do MPF de afastamento tão só das parcelas denominadas GAL e APL da composição das vantagens denominadas quintos, isso mostra-se igualmente confuso e contraditório.

28. Assim é porque, o TCU, muito antes da Lei 8.911/1994, já havia estabelecido, mediante a interpretação da legislação então vigente, que todos os seus DAS, DAÍ, Gratificações de Gabinete, e outras funções ou representações de cargos comissionados, seriam transformados em FC (Função Comissionada), cuja remuneração era composta de Vencimento Básico do correspondente nível de função (Ia de FC-1 a FC-10), do APL e do fator da GAL.

29. Tudo segula, sob denominação diversa, vez que o Tribunal de Contas, em termos funcionais, está inserido no âmbito do Poder Legislativo (sempre tendo como norte o § 1º do art. 39 da CF em sua redação original), a legislação existente aplicável não só aos servidores do Poder Executivo, pois era igualmente aplicável não só aos servidores desta Corte, como aos servidores públicos de modo geral. Todo este esclarecimento, repita-se mais uma vez, foi assinalado na nota técnica a que se tem aqui referido.

30. Portanto, com o advento da Lei nº 8.911/1994, foi esta lei que estabeleceu o que devia ser incorporado a título de quintos. No Poder Executivo, o vencimento básico do cargo ou função comissionados, acrescido da respectiva representação mensal e ainda da Gratificação Adicional pelo Desempenho da Função - GADF. A aplicação desta lei no Poder Legislativo (Câmara dos Deputados, Senado Federal e TCU deu-se mediante a seguinte composição, decorrente das peculiaridades deste Poder: Vencimento Básico da



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

Função, APL (semelhante à representação mensal paga no executivo) e GAL (correspondente à parcela GADF do Executivo).

31. Ora, diga-se então, nesse diapasão, que, acaso a Corte de Contas tivesse se equivocado na interpretação e aplicação da legislação existente, inclusive, no que interessa ao presente caso, efetuando a assinalada transformação dos cargos e funções comissionadas em FC, com a correspondente remuneração, como acima demonstrado, isto estaria sim convalidado mais adiante. Assim é porque, novamente nos reportando a multicitada nota técnica, foi editada a Lei 8.968, de 28/12/1994, e esta sim criou cargos e funções neste Tribunal de Contas, senão vejamos o que foi posto naquela Nota:

"60. Não poderia ser diferente no tocante às funções comissionadas, como acima igualmente restou demonstrado, vindo isso, portanto, também a ocorrer. Tanto no que se refere às transformações dos DAS e Representações de Gabinetes em FCs, quanto nas respectivas remunerações destas que, repita-se, continuava a seguir as diretrizes das Casas do Congresso Nacional que, a seu turno, também se equivaliam aos valores dos cargos e funções comissionados então pagos no Poder Executivo.

61. Nada há de estranho ou reparável nisso, tanto que, em 28/12/1994 (logo após, portanto, a edição das citadas Resoluções das Casas Legislativas, dos atos internos desta Corte de Contas e da Lei nº 8.911/94), foi editada a Lei nº 8.968, que, esta sim, criou novas funções e cargos efetivos para este TCU.

62. Por ser extremamente enxuta e, por outro lado, importante para demonstrar o que acima foi dito, é válido



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

transcrever os ditames da assinalada Lei 8.968:

“Art. 1º Ficam criados no Quadro Próprio de Pessoal da Secretaria do Tribunal de Contas da União os seguintes cargos e funções, constantes dos Anexos I e II desta lei:

I - cargos de provimento efetivo, a serem preenchidos mediante concurso público específico:

a) cem cargos da Categoria Funcional de Analista de Finanças e Controle Externo;

b) cinquenta cargos da Categoria Funcional de Técnico de Finanças e Controle Externo;

c) quinze cargos da Categoria Funcional de Auxiliar de Finanças e Controle Externo;

II - funções comissionadas:

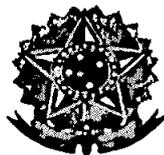
a) cinco funções de Secretário de Controle Externo, Símbolo FC-09;

b) trinta e oito funções de Diretor de Divisão, Símbolo FC-08;

c) dez funções de Assessor de Secretário de Controle Externo, Símbolo FC-07;

d) cinco funções de Chefe de Serviço de Administração, Símbolo FC-07;

e) dezesseis funções de Oficial de Gabinete, Símbolo FC-06.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

Art. 2º O Quadro Próprio do Pessoal da Secretaria do Tribunal de Contas da União compreende os cargos de provimento efetivo e as funções de direção, chefia e assessoramento, mantidos os níveis de remuneração, fixados em lei, respeitada a iniciativa privativa nos termos do art. 73, combinado com o art. 96, inciso II, da Constituição Federal.

Art. 3º O Tribunal de Contas da União, nos termos do inciso V do art. 110 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, fica autorizado a estabelecer o escalonamento das funções comissionadas segundo a legislação pertinente e transformá-las ou reclassificá-las em consonância com os parâmetros previstos na Lei de Diretrizes Orçamentárias, sem aumento de despesas.

Art. 4º Os cargos e funções a que se refere o art. 1º serão providos de acordo com as disponibilidades orçamentárias do Tribunal de Contas da União e conforme dispuser a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Art. 5º O Tribunal de Contas da União baixará os atos regulamentares necessários à execução desta lei.

Art. 6º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º Revogam-se as disposições em contrário.”
[DESTACAMOS]

63. Ora, nada mais cabal que a lei supra para demonstrar o acerto com que esta Corte vinha procedendo, em face da legislação até então pertinente, toda interpretada e aplicada à luz do disposto no § 1º do art. 39 da CF e das diretrizes emanadas do art. 110 da Lei 8.443/1992.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

64. Lembre-se que foi no ano de 1993, mediante a citada Resolução nº 14, que o Tribunal adotou a nomenclatura de FCs para suas funções comissionadas, com a correspondente remuneração. Tudo se seguiu ao crivo da lei de diretrizes orçamentária e da própria lei orçamentária daquele ano. Nada de estranho, repita-se, visto que nada mais se fazia do que aplicar a legislação federal existente, de acordo com as peculiaridades a serem observadas em função das atribuições e atividades a cargo de cada Poder do Estado.

65. Note-se também que a remuneração das FCs era composta pelo vencimento básico desta, pelo fator da GAL correspondente à função e pelo chamado Adicional de PL, conforme estabeleceu a Câmara dos Deputados em Resolução do ano de 1993. Naquele ano, por concluir ser mais simples e pertinente, o Senado Federal, fazendo um paralelo com o teto da remuneração dos seus servidores estabelecido pelas citadas Leis 8.448 e 8.852, entendeu melhor somar todas aquelas parcelas postas expressamente na Resolução da Câmara dos Deputados e atribuir um percentual relativamente ao teto a fim de remunerar as FCs dos servidores de sua Secretaria. O TCU seguiu esta diretriz do Senado Federal, também por depreender ser mais simples e de patamar Idêntico ao da Câmara." [Grifo do Original]

32. Ora, uma lei do tipo acima, para ser submetida e, principalmente, aprovada, precisa que o respectivo projeto estabeleça os valores individuais e totais dos cargos e funções criados. Deve também tudo estar estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias e na própria lei orçamentária.

33. De igual modo, é preciso levar em conta que esta Ação Civil Pública



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

foi proposta neste momento após denúncia apócrifa dando notícia de que este TCU iria efetuar o restante do pagamento da parcela devida a seus servidores a título de APL nos quintos. Neste caso, é imprescindível que cópia integral do inquérito autuado pelo MP seja encaminhada ao TCU para que lhe seja dada a oportunidade de ampla defesa nesta ação.

34. De qualquer sorte, tem-se que, com as razões acima expostas, não há que se falar em qualquer verossimilhança das assertivas do MPF.

V.3 DA EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL PARA A CONCESSÃO, EM CASOS COMO ESSE, DE TUTELA ANTECIPADA

35. A pretensão do MPF quanto à antecipação da tutela há de ser denegada também ante a expressa vedação de concessão da medida antecipatória nessas circunstâncias, contida no art. 1º, § 1º, da Lei n. 8.437, de 30/06/1992, aplicável à espécie, ex vi do art. 1º, caput, da Lei n.º 9.494, de 10/09/1997

36. De fato, reza o art. 1º, *caput*, da Lei n.º 9.494, de 10/09/1997, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública e dá outras providências, *verbis*:

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu parágrafo 4º da Lei n.º 5.021 de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei n.º 8.437, de 30 de junho de 1992.

37. Por seu turno, o § 1º do art. 1º da Lei n.º 8.437, de 30 de junho de 1992, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, preceitua, *verbis*:



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

Art. 1º

[...]

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de Tribunal.

38. Esse dispositivo deve ser interpretado à luz do que dispõe o art. 102, inciso I, alínea "d", da Constituição Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda a Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores, o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

39. Nesse mesmo sentido é pacífica também a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme ementas abaixo transcritas:

Constitucional. Competência. Ato administrativo emanado de Plenário de Tribunal Regional do Trabalho. Ação Cautelar Inominada. Incompetência da Justiça Federal. Art. 1º da Lei n. 8.437/92, art. 109, VIII da CF/88 e art. 21, VI, da LOMAN.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

Nos termos do art. 1º, par. 1º, da Lei n. 8.437/92, a competência do juízo de primeiro grau em sede de provisão cautelar deve ser afastada quando se busca atacar ato de autoridade sujeito a apreciação originária de tribunal, mediante a impetração de ação mandamental. (...)

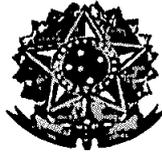
(Acórdão CC 14710/MA; Conflito de Competência 1995/0039570-3; Fonte DJ Data:19/05/1997 PG:20551; Relator Min. Vicente Leal; Data da Decisão 09/04/1997; Órgão Julgador: Terceira Seção)

Constitucional. Competência. Ato administrativo emanado de Presidente do Tribunal Regional do Trabalho. Nomeação de Juiz Classista. Ataque por ação civil pública. Incompetência da Justiça Federal. Lei n. 8.437/92, art. 1.; LOMAN, art. 21, VI; CF, art. 109, VIII.

Nos termos do art. 1º, Parágrafo 1º, da Lei n. 8.437/92, a competência do juízo de primeiro grau em sede de provisão antecipada de prestação jurisdicional deve ser afastada quando se busca atacar ato de autoridade, impugnável por meio de mandado de segurança da competência originária de tribunal. (...)

(Acórdão CC 19920/CE; Conflito de Competência 1997/0040097-2; Fonte DJ Data:04/08/1997 PG:34663; Relator Min. Vicente Leal; Data da Decisão 25/06/1997; Órgão Julgador: Terceira Seção)

Medida Cautelar. Efeito suspensivo a recurso. Indeferimento da liminar. Agravo. Lei 8.437/92. Não é cabível em juízo de 1º Grau medida cautelar inespecífica ou sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

mandado de segurança, a competência originária de tribunal.
(...) (Acórdão AGRMC 775/DF; Agravo Regimental na Medida Cautelar 1997/0023595-5; Fonte DJ Data:15/09/1997 PG:44395; Relator Min. José Arnaldo da Fonseca; Data da Decisão 12/08/1997; Órgão Julgador: Quinta Turma)

40. Também no mesmo sentido o seguinte despacho da Exma. Ministra Ellen Gracie na STA/145, publicado no DJ de 28/09/2007:

O Tribunal de Contas da União é o órgão competente para apurar os coeficientes de participação, com base nos dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. E, se esse ato de apuração emana de órgão sujeito, na via do mandado de segurança, à competência originária desta Corte (CF, art. 102, I, *d*), manifesta é a impossibilidade da concessão da tutela antecipada requerida pelo Município de Jataúba/PE em primeiro grau de jurisdição (Lei 8.437/92, art. 1º, § 1º).

41. Do exposto, conclui-se ser incabível a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelo autor na inicial, tendo em vista a ausência dos requisitos previstos no art. 273 do Código de Processo Civil, bem como ante a expressa vedação contida no art. 1º, § 1º, da Lei n.º 8.437, de 30/06/1992, aplicável à espécie *ex vi* do art. 1º, caput, da Lei n.º 9.494, de 10/09/1997, quanto à concessão pelo juízo de primeiro grau de medida antecipatória quando impugnado ato de autoridade sujeito, na via de mandado de segurança, à competência originária de Tribunal, lembrando que as decisões do TCU, na via do mandado de segurança, estão sujeitas à competência originária do STF, *ex vi* do art. 102, inciso I, letra "d", da Constituição Federal.

DO PEDIDO

343
②



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO - 1ª REGIÃO

Diante de todo o exposto, requer a União a V. Exa. o indeferimento do pedido de antecipação de tutela.

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília, 22 de setembro de 2009.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'E' followed by a long horizontal stroke and a small 'C' at the end.

EDUARDO TANURE CORREA

Advogado da União