

GRUPO II – CLASSE I – Segunda Câmara

TC 010.079/2013-0

Natureza: Embargos de Declaração (Pedido de Reexame em Aposentadoria).

Unidade: Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região - TRT/15ª Região.

Embargante: José Olímpio Leite (CPF 101.786.511-68).

Representação legal: Rudi Meira Cassel (OAB/DF 22.256), Marcos Joel dos Santos (OAB/DF 21.203) e outros.

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PEDIDO DE REEXAME. APOSENTADORIA. ILEGALIDADE ANTE A INCLUSÃO DE QUINTOS INCORPORADOS APÓS 8/4/1998. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA DELIBERAÇÃO DA CORTE SUPREMA QUE FUNDAMENTOU A DECISÃO DO TCU. SOBRESTAMENTO DA APRECIÇÃO.

## RELATÓRIO

José Olímpio Leite opôs embargos de declaração ao acórdão 641/2018 - 2ª Câmara, que negou provimento a seu pedido de reexame em face do acórdão 2.521/2017–2ª Câmara, que, por sua vez, considerara ilegal sua aposentadoria e determinara a suspensão de pagamentos decorrentes da incorporação de quintos em período posterior a 8/4/1998 (Lei 9.624/1998).

2. O embargante apresentou questionamentos conforme excerto a seguir reproduzido (peça 45):

### “3. DO MÉRITO RECURSAL

Conforme se observa o acórdão negou provimento ao pedido de reexame ao fundamento de que a súmula vinculante 3 do STF excepciona a observância do contraditório e da ampla defesa previamente ao julgamento do Tribunal, bem como porquanto não haverá redução dos proventos, pela efetiva exclusão da VPNI correspondente aos quintos incorporados, por implicar efeito financeiro irregular.

No entanto, o i. Julgador incorreu em omissão na apreciação da causa, como se passa a demonstrar.

Primeiramente, há de se reconhecer que a súmula vinculante nº 3 não se aplica no caso, porquanto o acórdão recorrido naquela oportunidade *não trata da apreciação de legalidade de concessão inicial de aposentadoria* (isso foi feito no Acórdão 4286/2008), mas sim de alteração, escapando assim da exceção trazida pela súmula, o que impõe, necessariamente, a observação da garantia do contraditório e da ampla defesa.

Por não ter tomando conhecimento da possibilidade de julgamento, o servidor não pode exercer seu direito ao contraditório.

Em função disso, houve violação do devido processo, porquanto ao recorrente foi negado o direito de informação (obriga o julgador a informar à parte sobre os atos praticados no processo) e o direito de manifestação (que assegura à possibilidade de a parte manifestar-se oralmente), que correspondem à garantia constitucional prevista no art. 5º, LV, da Carta Política de 1988.

A respeito do tema, assim ensina o Min. Gilmar Mendes, da Suprema Corte, em trecho do voto condutor do Mandado de Segurança n. 24.268/MG, julgado em 5 de fevereiro de 2004, precedente este que ensejou a adoção da Súmula Vinculante nº 3:

*‘(...) a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5o LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:*

*1) direito de informação (**Recht auf Information**), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;*

2) *direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; (...)*'

Por tudo isso, não havendo motivo jurídico bastante para a ausência de notificação do interessado, deve-se anular o Acórdão nº 2521, de 2017, para que, pautando-se novamente o seu julgamento, seja o servidor devidamente notificado, com possibilidade de exercer o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Ademais, a decisão recorrida julgou ilegal o ato de alteração da aposentadoria concedida ao recorrente por entender como indevida a incorporação de quintos referentes ao exercício de Função Comissionada após a publicação da Lei nº. 9.624/1998, em 08/04/1998.

O embargante teve sua aposentadoria por invalidez concedida na data de 21 de outubro de 2004, mediante o ato SLP nº. 16, publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo de 27 de outubro de 2004. A aposentadoria foi concedida com proventos calculados pela média aritmética simples das maiores contribuições, nos termos do artigo 1º da Lei nº. 10.887/2004.

Na data de 12 de novembro de 2008, esta Corte de Contas julgou como legal a aposentadoria concedida ao recorrente, nos termos do Acórdão 4826, de 2008, da Iª Câmara, proferida nos autos do processo TC 022.885/2006-7.

Todavia, com a promulgação da Emenda Constitucional nº. 70, em 2012, o fundamento legal da aposentadoria do recorrente foi alterado, passando a ser o artigo 6º-A da Emenda Constitucional nº. 41/2003. Dessa forma, modificou-se a forma de cálculo dos proventos do recorrente, deixando de ser feito a partir da média aritmética das maiores remunerações, e sendo feita com base na remuneração do cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.

Nos termos do artigo 2º da EC 70/2012, a Administração Pública ficou incumbida de revisar as aposentadorias concedidas, procedendo à alteração de ofício, sem a intervenção ou pedido dos interessados. Contudo, no caso do recorrente, a nova forma de cálculo de seus proventos acarretou em valores menores do que os recebidos até então.

Em consulta por e-mail feita a este Tribunal de Contas, o TRT-15 obteve a resposta de que, para casos como o do recorrente, a fim de se garantir a irredutibilidade dos proventos, deveria ser inserida rubrica constante como Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI), no montante que faltava para se evitar o decréscimo dos proventos da aposentadoria. Esta VPNI, inclusive, foi o que motivou esta Corte de Contas a analisar o processo de alteração de aposentadoria do recorrente.

Na ocasião do julgamento dos presentes autos, constatou-se que, na discriminação dos valores recebidos pelo recorrente, consta VPNI referente à incorporação de 8/10 (ou 4/5) referentes ao exercício de FC-02. Em decorrência do decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 638.115/CE, que julgou que a incorporação dos quintos só é possível até 08/04/1998 (data da publicação da Lei nº. 9.624/1998), esta Corte de Contas entendeu ilegal a alteração da aposentadoria.

Com efeito, o recorrente exerceu FC-02, como Auxiliar Especializado, no período compreendido entre 01/07/1996 e 30/09/2004. Todavia, como se passará a demonstrar, não houve prejuízo ao Erário em razão da adoção dessa rubrica, tampouco deverá ser tal valor removido dos proventos do recorrente.

Os valores a título de incorporação de quintos (ou décimos) do desempenho de FC-02 só passaram a ser recebidos, e a constar expressamente da remuneração do recorrente, a partir da alteração do fundamento legal da aposentadoria, feita de ofício pela Administração, em decorrência do mandamento constante do artigo 2º da Emenda Constitucional nº. 70, de 2012.

Quando se procedeu à alteração do fundamento legal da aposentadoria, bem como à nova forma de cálculo dos proventos, percebeu-se que o recorrente passaria a receber menos do que vinha percebendo mensalmente. Com o escopo de se resguardar a irredutibilidade dos vencimentos<sup>3</sup> (aplicável aos proventos de aposentadoria), e sob orientação desta Corte de Contas, foi inserida VPNI de modo a igualar os novos valores aos anteriormente recebidos. Esta, por seu turno, foi sendo gradativamente absorvida pelos reajustes ao qual fez jus o recorrente.

Destarte, malgrado o erro cometido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região na discriminação das verbas que compunham os proventos de aposentadoria do recorrente, os valores eram devidos, uma vez que, caso não tivessem sido computados como incorporação dos quintos/décimos, seriam computados como VPNI decorrente da EC 70/2012, conforme orientado pelo Tribunal de Contas da União, para assegurar o direito constitucional do recorrente à irredutibilidade de seus proventos.

Portanto, não se mostra proporcional seja declarado ilegal o ato de alteração de aposentadoria do recorrente, quando, caso recebidos os mesmos valores sob outras rubricas, o ato seria tido como legal. O princípio (ou postulado) da proporcionalidade se subdivide em três: adequação (possibilidade de que o meio adotado atinja ao fim proposto); necessidade (ser o meio escolhido o que menos restrinja os direitos fundamentais); e proporcionalidade em sentido estrito (a vantagem a ser obtida deve justificar as restrições que serão impostas). Sobre a aplicabilidade da proporcionalidade, leciona Humberto Ávila:

*O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma **medida concreta** destinada a realizar uma **finalidade**. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).*

Denota-se, assim, que a medida proposta não é a que menos restringe os direitos fundamentais do recorrente (sobretudo o direito à irredutibilidade de seus proventos), tampouco a finalidade pública a ser obtida (regularização da alteração da aposentadoria) justifica a adoção de medida tão gravosa. Com efeito, a declaração de ilegalidade da aposentadoria apenas acarretará no trâmite de novo processo administrativo, consumindo recursos públicos, além de causar prejuízos financeiros ao recorrente, por ato no qual não teve participação, bem como lhe prejudica em seu direito fundamental à irredutibilidade de vencimentos.

Diante da inobservância desses argumentos, mostra-se perfeitamente possível a concessão de efeitos infringentes aos presentes declaratórios, eis que o saneamento dos vícios apontados por certo levará a entendimento diverso do prolatado no feito, ensejando a manifestação da Corte sobre a questão. Esse é o entendimento pacífico do STJ sobre o tema, *in verbis*:

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CARÁTER INFRINGENTE. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE. CABIMENTO.**

**1. A atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração é possível, em hipóteses excepcionais, para corrigir premissa equivocada no julgamento, bem como nos casos em que, sanada a omissão, a contradição ou a obscuridade, a alteração da decisão surja como consequência necessária.**

**2. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para, dando provimento ao agravo regimental, determinar a devolução dos autos à origem para que o agravo seja convertido em agravo regimental, a ser julgado pelo Tribunal local, nos termos da QO no Ag nº 1.154.599.**

*(EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 496.168/SC, Rei. Ministro RICARDO VILLAS BOAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 05/09/2017) (grifou-se)*

Nesses termos, pela peculiaridade do caso, mostra-se imperiosa a concessão de efeitos infringentes aos presentes declaratórios, com o saneamento das omissões apontadas.

Pelas razões aqui expostas, os presentes embargos de declaração merecem ser acolhidos, com a atribuição de efeitos infringentes, para anular o Acórdão nº 2521, de 2017, para garantir à recorrente o devido processo legal; senão, sucessivamente julgar legal a percepção dos valores a título de incorporação de quintos, uma vez que estes eram devidos, para se garantir a irredutibilidade dos proventos do recorrente.

#### 4. DO PEDIDO

Ante o exposto, requer o conhecimento e o provimento dos presentes embargos de declaração, sob pena de violação aos arts. 32, II, e 34 da Lei nº 8.443/92, bem como aos arts. 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da CF/88, para, com atribuição de efeitos infringentes, que seja provido o pedido de reexame interposto para:

(a) anular o Acórdão nº 2521, de 2017, para garantir à recorrente o devido processo legal;

(b) senão, sucessivamente, julgar legal a percepção dos valores a título de incorporação de quintos, uma vez que estes eram devidos, para se garantir a irredutibilidade dos proventos do recorrente.

Por fim, requer a expedição das publicações em nome do advogado Rudi Meira Cassel, OAB/DF 22.256, nos termos do artigo 272, § 2º e § 5º, do Código de Processo Civil, sob pena de nulidade, conforme a jurisprudência.”

É o relatório.

## VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade dos arts. 32 e 34 da Lei 8.443/1992, conheço dos embargos de declaração opostos por José Olímpio Leite, ex-servidor do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, contra o acórdão 641/2018 - 2ª Câmara. Essa deliberação havia negado provimento a pedido de reexame contra o acórdão 2.521/2017 - 2ª Câmara, que considerara ilegal seu ato de aposentadoria em razão da incorporação de quintos/décimos após 8/4/1998 (data da publicação da Lei 9.624/1998).

2. O embargante alegou omissão do julgador, uma vez que, em síntese:

a) teria havido violação do devido processo legal: o interessado não foi notificado do julgamento, e a súmula vinculante 3 do Supremo Tribunal Federal seria aplicável apenas a concessão inicial de aposentadoria, e não a apreciação de ato de alteração, que seria o caso do acórdão recorrido;

b) os valores relativos à incorporação de quintos/décimos teriam sido recebidos e constado expressamente da remuneração a partir da alteração do fundamento legal da aposentadoria, em decorrência da Emenda Constitucional 70/2012;

c) esses valores seriam devidos e, caso não tivessem sido computados como incorporação dos quintos/décimos, seriam computados como VPNI decorrente da EC 70/2012.

3. Não procedem os questionamentos relacionados a suposta omissão. Tais contestações, apresentadas em sede de embargos, encontravam-se no pedido de reexame e foram devidamente analisadas quando da apreciação daquele recurso.

4. O voto condutor da deliberação embargada expressamente analisou a alegada violação do devido processo legal, que estaria relacionada à ausência de intimação da pauta de julgamento:

“6. Com efeito, são improcedentes as alegações do interessado quanto à violação do devido processo legal. É pacífica a jurisprudência do TCU de que a publicação da pauta de julgamentos no Diário Oficial da União (DOU) é suficiente para conferir publicidade ao ato processual e permitir a participação nas sessões do Tribunal.

7. Desse modo, não é prevista a comunicação pessoal aos interessados sobre a data de julgamento no TCU, o que não constitui ofensa a qualquer princípio constitucional ligado à defesa. Cabe-lhes acompanhar o andamento processual e a referida publicação.”

5. Registre-se que a intimação da pauta de julgamento não se confunde com a oitiva dos interessados (anterior ao julgamento) assegurada nos processos de atos de pessoal nas situações indicadas na Súmula 3 do STF.

6. De todo modo, também houve esclarecimento, no relatório integrante do acórdão (subitens 5.5-5.8), acerca da jurisprudência do TCU, que estabelece a necessidade de assegurar o contraditório e a ampla defesa dos interessados nas situações com transcurso de intervalo superior a cinco anos entre a disponibilização do ato ao TCU e sua apreciação. Tal regra é aplicada aos atos de concessão de aposentadoria sejam eles iniciais ou de alteração, e, no caso em análise, o referido intervalo foi inferior ao citado prazo, o que tornou desnecessária a oitiva do embargante.

7. As alegações sobre a regularidade dos valores pagos e sua eventual compensação por meio de VPNI também foram expressamente refutados no voto:

“10. O recorrente aposentou-se por invalidez permanente em 2004 – antes, portanto, da EC 70/2012 –, e os proventos foram calculados pela média das remunerações. O ato de concessão de 27/10/2004, que foi considerado legal pelo TCU em 2008, registrou proventos no valor de R\$ 3.053,09 (Sisac 20784201-04-2005-000001-5).

11. No entanto, conforme informação prestada pelo órgão de origem (peça 11, p. 25), os proventos foram posteriormente majorados (2006) com a incorporação de parcelas de quintos referente ao período de 9/4/1998 a 4/9/2001, com base em decisão proferida em processo administrativo (Processo 0016800-30.2002.5.15.0895 PA).

12. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito do Recurso Extraordinário (RE) 638.115/CE, concluiu, em sede de repercussão geral, pela impossibilidade de incorporação de quintos decorrentes do exercício de funções comissionadas no referido período, compreendido entre a edição da Lei 9.624/1998 e a MP 2.225-48/2001.

13. Desse modo, o cálculo da VPNI da EC 70/2012 deveria considerar o valor dos proventos registrado no ato de concessão – sem a VPNI de quintos incluída posteriormente –, atualizado até a data da emenda constitucional. Esse seria o valor a ser comparado com a remuneração do cargo, para computar a diferença registrada como VPNI da EC 70/2012, com vistas a implementar a paridade e a evitar a redução dos proventos.

14. Com essa forma de cálculo correta, haverá redução dos proventos, pela efetiva exclusão da VPNI correspondente aos quintos incorporados após 8/4/1998, que não será compensada. Por implicar efeito financeiro irregular, este ato de alteração da aposentadoria não pode ser considerado legal, e o pedido de reexame não deve ser provido.”

8. Inexistem, portanto, os vícios apontados na deliberação que justificariam o acolhimento destes embargos.

9. Não obstante, o acórdão que considerou ilegal o ato de alteração da aposentadoria teve por base o julgamento, pelo STF, do Recurso Extraordinário (RE) 638.115/CE, posteriormente questionado pela interposição de novos embargos de declaração.

10. Tais apelos, ainda não apreciados, visaram a excluir a aplicação do decidido por aquele Tribunal – impossibilidade de incorporar quintos/décimos após 8/4/1998 – aos casos em que haja decisão judicial transitada em julgado ou decisão administrativa proferida há mais de cinco anos, o que contempla a situação tratada neste processo.

11. Assim, com a existência de recursos a serem apreciados com potenciais efeitos modificativos, considero mais adequado sobrestar a apreciação deste recurso até o pronunciamento definitivo acerca da matéria pela Corte Suprema, a exemplo do encaminhamento já adotado em situação similar (acórdão 10.348/2017-2ª Câmara).

Posto isso, voto por que o Tribunal adote a minuta de deliberação que submeto a sua consideração.

TCU, Sala das Sessões, em 15 de maio de 2018.

ANA ARRAES  
Relatora

## ACÓRDÃO Nº 3750/2018 – TCU – 2ª Câmara

1. Processo TC 010.079/2013-0
2. Grupo II – Classe I – Embargos de Declaração (Pedido de Reexame em Aposentadoria).
3. Embargante: José Olímpio Leite (CPF 101.786.511-68).
4. Unidade: Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região - TRT/15ª Região.
5. Relatora: ministra Ana Arraes.
- 5.1. Relatora da deliberação recorrida: ministra Ana Arraes.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: não atuou.
8. Representação legal: Rudi Meira Cassel (OAB/DF 22.256), Marcos Joel dos Santos (OAB/DF 21.203) e outros.

## 9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes embargos de declaração, opostos por José Olímpio Leite ao acórdão 641/2018 - 2ª Câmara, que negou provimento a pedido de reexame em face do acórdão 2.521/2017 - 2ª Câmara, que, por sua vez, considerara ilegal seu ato de aposentadoria em razão da incorporação de quintos/décimos após o advento da Lei 9.624/1998.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 2ª Câmara, com fundamento nos arts. 32 e 34 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 287 do Regimento Interno, e nas razões expostas pela relatora, em:

9.1. conhecer dos embargos de declaração e sobrestar sua apreciação até deliberação definitiva do Supremo Tribunal Federal no tocante ao RE 638.115/CE;

9.2. dar ciência deste acórdão ao embargante e aos demais interessados.

10. Ata nº 16/2018 – 2ª Câmara.
11. Data da Sessão: 15/5/2018 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-3750-16/18-2.
13. Especificação do quorum:
  - 13.1. Ministros presentes: José Múcio Monteiro (Presidente), Augusto Nardes, Aroldo Cedraz e Ana Arraes (Relatora).
  - 13.2. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)  
**JOSÉ MÚCIO MONTEIRO**  
Presidente

(Assinado Eletronicamente)  
**ANA ARRAES**  
Relatora

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)  
**PAULO SOARES BUGARIN**  
Subprocurador-Geral