
**TCU - AVERBAÇÃO DE TEMPO DE EXERCÍCIO EM FUNÇÃO
COMISSIONADA SEM VÍNCULO EFETIVO COM A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL**
Administrativo

Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues

Grupo II - Classe VII – Plenário

TC-016.462/1999-8

Natureza: Administrativo

Interessado: Alfredo Sérgio Teixeira de Macedo, Analista de Finanças e Controle Externo – Área Controle Externo

Ementa: Administrativo. Solicitação de averbação de tempo de exercício em função comissionada, atinente a período em que o solicitante era detentor de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a Administração Pública Federal, objetivando a incorporação da retribuição do cargo em comissão. Investidura do servidor no cargo de provimento efetivo em 15.9.99, data em que já se encontrava revogada, pela Lei 9.527, de 11.11.97, a Lei 8.911/94, que autorizava e disciplinava a incorporação da retribuição pelo exercício de função de confiança ou cargo em comissão. Impossibilidade de incorporação de quintos ou décimos e sua conversão em VPNI por servidor, sem vínculo efetivo com o serviço público, que nele ingressou após 11.11.97, data da ab-rogação da Lei 8.911/94. Não há direito adquirido a regime jurídico, sendo juridicamente impossível a incorporação de parcelas remuneratórias, com fundamento em legislação já revogada, pois para a aquisição do direito, com o ingresso deste no patrimônio do pretense titular, seria imprescindível, antes da revogação da Lei 8.911/94, se houvessem reunido e consumado todos os requisitos legais necessários à sua constituição. Existência de precedente do Plenário do TCU, materializado na Decisão nº 69/2000, proferida no TC-003.883/1999-0. Indeferimento do pleito. Ciência ao interessado e a órgãos de controle interno da Administração Pública Federal. Arquivamento do processo.

RELATÓRIO

O servidor Alfredo Sérgio Teixeira de Macedo, matrícula 3.840-7, investido, em 15.9.99, no cargo de Analista de Finanças e Controle Externo, Área Controle Externo, requereu, junto à Secretaria-Geral de Administração, a averbação do tempo de função comissionada, exercida no Ministério da Fazenda, no período de 19.12.79

a 4.5.86, para efeito de incorporação de vantagem pessoal, na forma da Lei 8.911/94 (fl. 1).

A instrução inicial (fl. 4) demonstrou que o requerente somente veio a ostentar vínculo efetivo com o Serviço Público Federal em data posterior à edição da Lei 9.527, de 11.11.97, que extinguiu a incorporação da vantagem pessoal denominada “quintos”, ou “décimos”, e transformou as importâncias pagas em razão de incorporação em vantagem pessoal nominalmente identificada, conforme transcrito a seguir:

“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 autorização 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.”

Nesse sentido, após considerar que o pedido seria desprovido de fundamento legal, uma vez que o requerente não teria preenchido o requisito básico, consistente na investidura em cargo efetivo no Serviço Público Federal, até a data da revogação, pela Lei 9.527/97, dos dispositivos da Lei 8.911/94 assegurores da vantagem pleiteada, a sra. Secretária de Recursos Humanos acolheu as propostas de indeferimento do pedido, contidas nas instruções fls. 4 e 18/9, sugerindo, em acréscimo, a prévia audiência da Consultoria Jurídica desta Corte (fl. 20).

O interessado obteve vista dos autos e solicitou a juntada do primeiro memorial fls. 22/33, em que reconhece a ausência de vínculo efetivo com o Serviço Público Federal em 11.11.97, mas argumenta que havia anteriormente exercido cargo em comissão na Administração Pública Federal, fazendo jus à incorporação, em consonância com a Decisão 462/96, do Plenário desta Casa, **in verbis**:

“8.1. conhecer da consulta, que preenche os requisitos regimentais de admissibilidade, para responder à consulente que pode ser computado, para fins de incorporação da vantagem denominada ‘quintos’, o tempo de serviço prestado à Administração Pública Federal antes da Lei nº 8.911/94, em cargo em comissão, sem vínculo efetivo com essa administração, em favor de servidor público investido posteriormente em cargo de provimento efetivo, observando-se os efeitos financeiros devidos somente a partir da Lei nº 8.911/94, conforme Instrução Normativa nº 07/94-SAF.”

Nessa linha, afirma que lhe faltava apenas cumprir a condição de investir-se posteriormente em cargo de provimento efetivo, direito adquirido assegurado pelo § 2º do art. 15 da Lei 9.527/97.

Fundamenta sua dedução, essencialmente, no art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 114 do Código Civil, que assim dispõem:

“Art. 6º. (...)”

§ 2º. *Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.*”

“Art. 114. *Considera-se condição a cláusula, que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto.*”

Menciona, em seguida, excertos doutrinários a respeito do direito adquirido condicional, a seguir exemplificados:

“Direito Condicional. (...) *Pode-se considerar, segundo Porchat, como adquirido o direito condicional porque torna-o esperado, mais ainda não realizado, Com o implemento da condição, supõe-se ter ele existido desde o instante da ocorrência do fato que o criou. O direito condicional, embora dependente de um evento futuro e incerto, já é um bem jurídico, tendo valor econômico e social e constituindo elemento do patrimônio de seu titular. Justamente pelo fato de ter o direito adquirido condicional um valor econômico e constituir bem jurídico é que ele se diferencia do expectativa de direito, que, não tendo significado patrimonial, pode, sem lesão, ser abolida em qualquer tempo pela lei.*” (Maria Helena Diniz. Dicionário jurídico)

“Uma nova lei (...) não deve trazer nenhuma lesão aos direitos adquiridos sob o império da lei precedente, ainda que mesmo que esses direitos fossem subordinados a uma condição suspensiva que viesse a cumprir-se depois da promulgação da lei nova; porque é de princípio que a condição realizada tem efeito retroativo a partir do dia do contrato.” (Duraton, **apud** Levenhagen. Código Civil – Comentários Gerais)

“(...) no direito condicionado o adimplemento da condição, mesmo que se verifique sob o domínio de uma lei nova, tem efeito retroativo, de modo que o direito se considera real e efetivo desde o momento em que nasceu sob condição.” (Porchat, **apud** Levenhagen. Código Civil – Comentários Gerais)

Por fim, reforça seu pedido inicial, afirmando que a Lei 9.527/97 não faz menção ao requisito de estar exercendo, na data de sua edição, cargo efetivo no Serviço Público Federal. Ela apenas assegurou o direito adquirido de quem já havia preenchido o requisito exigido no art. 3º da Lei 8.911/94, ou seja, apenas de ter exercido, anteriormente, cargo em comissão, a teor da Decisão Plenária 462/96. A condição para que se produzissem os efeitos assegurados pelo § 2º do art. 15 da Lei 9.527/97 teria sido implementada – como argumenta - quando tomou posse neste Tribunal, em 15.9.99.

Ainda outra peça foi juntada aos autos pelo requerente (fls. 38/40), cujo teor deixo de relatar por não se tratar de produção de novos elementos influentes no mérito.

Instada a se pronunciar, a Consultoria Jurídica desta Casa sugere o deferimento do pleito, alicerçando-se exatamente nos mesmos argumentos utilizados pelo interessado, conforme o trecho de seu parecer fls. 41/7, transcrito a seguir:

“...18. A redação do dispositivo legal combinada com o texto da deliberação desta Corte permite que se chegue, s.m.j., com clareza, às seguintes conclusões:

18.1. o parágrafo 2º do artigo 15 da Lei nº 9.527/97 assegurou o direito à incorporação de parcela **a qualquer servidor** que, em 11/11/97, tiver cumprido todos os requisitos legais para a concessão a ela referente;

18.2. nenhum dispositivo dessa mesma Lei estabelece que o servidor a que se refere o parágrafo 2º de seu artigo 15 deva ter tomado posse ou entrado em exercício até a sua data de vigência;

18.3. os requisitos legais a que se refere o dispositivo em tela são, para fins de incorporação de parcela, os estabelecidos pelo artigo 3º da Lei 8.911/94, que dispõe: ‘(...) o servidor investido em função de direção, chefia e assessoramento, ou cargo em comissão, previsto em lei, incorporará à sua remuneração a importância equivalente à fração de um quinto da gratificação do cargo em função para o qual foi designado ou nomeado, a cada doze meses de efetivo exercício, até o limite de cinco quintos’;

18.4. o Colegiado desta Corte determinou, por meio da Decisão nº 462/96, que o pressuposto básico, para fins de incorporação, está vinculado ao efetivo exercício de função de confiança ou cargo em comissão no Serviço Público Federal, conforme preceitua o artigo 3º da Lei nº 8.911/94;

18.5. ao determinar que se o servidor não detiver cargo efetivo não poderá **gozar do direito** à vantagem correspondente, fica claramente fixado o entendimento deste Tribunal de que o direito à vantagem já existe desde o momento do implemento do requisito temporal – doze meses de efetivo exercício, até o limite de cinco quintos –, não podendo, entretanto, ser exercido enquanto o seu titular não for ocupante de cargo efetivo na administração pública federal, o que caracteriza, inequivocamente, a existência de direito adquirido condicional.

18.6. este entendimento é corroborado, também, quando, em sua Decisão, este Tribunal dispõe que: **‘comprovado o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, satisfeitos os demais requisitos legais, faz jus o servidor à incorporação da vantagem pecuniária a partir de quando passar a exercer o cargo efetivo’**.

19. No presente caso, o requerente exerceu cargo em comissão na administração pública federal por mais de cinco anos, tendo cumprido, portanto, todos os requisitos estabelecidos pela Lei nº 8.911/94 para a aquisição do direito à incorporação das cinco parcelas de quintos, cuja percepção ficou condicionada à sua investidura em cargo efetivo, conforme entendimento firmado pela Decisão nº 462/96.

(...)”

Com fundamento no parecer da Consultoria Jurídica, a Presidência desta Casa, em despacho de 27.10.2000, deferiu o pleito dos servidor (fl. 48).

Encaminhados ao autos à Secretaria-Geral de Administração, para a adoção das providências, a sra. Secretária de Recursos Humanos trouxe à colação recente decisão do Plenário desta Corte, proferida na sessão de 9.2.2000, nos autos do TC-003.883/1999-0, de relatoria do eminente Ministro Guilherme Palmeira, que versava sobre denúncia de ilegalidade na concessão da vantagem de “quintos” a servidor do TRT da 16ª Região (fl. 57/8), que, nos termos da Lei, não faria jus a ela.

Na ocasião, o Tribunal decidiu (fl. 55):

“8.2. assinar, com fulcro no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, o prazo de (quinze) dias, a partir da notificação, para que o Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, consistente na anulação do ato de apostilamento de incorporação de quintos de funções comissionadas ao servidor Eugênio Augusto de Almeida Neto, tendo em vista a falta de amparo legal, uma vez que o mencionado servidor não era detentor de cargo efetivo na data de 11/11/97 para fazer jus à citada incorporação, nos termos do art. 15, § 2º, da Lei nº 9.527/97.”

De conseguinte, foram os autos remetidos à ciência da Presidência, que, ante a existência de orientação divergente, reconsiderou seu despacho anterior e determinou o sorteio de relator (fl. 60), para análise do processo e deliberação em Plenário.

Sorteado relator da matéria e presentes os autos em meu gabinete, o interessado protocolizou ainda outro memorial, juntado às fls. 64/84, segundo o qual, sem apresentar argumentos adicionais, pede vênias para afirmar que a Decisão Plenária 69/2000 originou-se de duas premissas merecedoras de novo exame.

Primeiramente, a Decisão 462/96 consagrou o entendimento de que os requisitos a serem atendidos para a aquisição do direito à incorporação eram tão-somente os da Lei 8.911/94, ou seja, apenas o exercício do cargo ou função estabelecidos naquela lei, sendo equivocada a premissa de que o servidor estivesse investido em cargo de provimento efetivo em 11.11.97.

Em segundo, o requerente teria direito adquirido, e não expectativa de direito. Na expectativa de direito, segundo Plácido e Silva, *“ainda não há direito, nem mesmo futuro; há simples possibilidade de futura aquisição de direito (...). No direito futuro, embora a aquisição dependa de condição ou evento, já o direito existe, isto é, mesmo que se mostre condicional não se pode dizer uma expectativa. Esta não se revela um bem jurídico, que deva ser protegido e defendido, enquanto que o direito, mesmo condicional, já possui um valor econômico social, constituindo elemento que se aprecia patrimonialmente. É de defesa assegurada.”*

Por considerar que a matéria tem especial relevância no âmbito de toda a Administração Pública, solicitei o pronunciamento do Ministério Público (fl. 85), que assim dispõe no parecer fls. 86/8:

“(…)A questão fulcral está relacionada à modificação do regime jurídico regulador da matéria com o advento da já citada Lei nº 9.527/97. O alegado implemento de condição não se configura quando da posse do requerente no Tribunal.

Na verdade, a matéria já mereceu exame do Plenário deste Tribunal, conforme se pode verificar da transcrição feita pela Secretária de Recursos Humanos às fls. 57/58 (Decisão 69/2000, Plenário, anexada fls. 49/56).

A situação ora **sub examine** se adequa perfeitamente ao teor da Decisão 69/2000 não se justificando o deferimento de solução diversa.

Note-se que a inovação legislativa não ofendeu qualquer direito do requerente, pois o mesmo ainda não integrava o seu patrimônio. A titularidade do cargo efetivo é **requisito legal** para a aquisição do direito de quintos, não se tratando de **condição suspensiva** (LICC art. 6º, § 2º). Esta conclusão advém da leitura do art. 3º da Lei nº 8.911/94 que previa “que o servidor investido em função de direção, chefia ou assessoramento, ou cargo em comissão, previsto nesta Lei, incorporará **a sua remuneração** a importância equivalente à fração de um quinto da gratificação do cargo ou função para o qual foi designado ou nomeado, a cada doze meses de efetivo exercício, até o limite de cinco quintos”. O edito legal, ao dispor que o servidor ‘incorporará a sua remuneração’ a parcela de quintos está, sem dúvidas, referindo-se à **remuneração do cargo efetivo**, afinal, qualquer outro entendimento seria um contra-senso e um total desrespeito à lógica e à razão. Pode-se concluir, assim, que para incorporar parcelas de quintos é necessário, por força de lei, que o servidor possua remuneração de cargo efetivo, só possível com a respectiva titularidade.

Posta a premissa de que a titularidade do cargo efetivo é requisito legal para a aquisição do direito à incorporação de parcelas de quintos, e não condição suspensiva para o exercício deste direito, incide plenamente no caso a norma do art. 15, § 2º, da Lei nº 9.527/97, que nega o direito à incorporação a servidores que não tenham cumprido até 11/11/1997 **todos** os requisitos legais para sua aquisição, entre eles a titularidade de cargo efetivo.

O interessado não nega que não tinha ainda completado os atos necessários à incorporação antes da mudança de regime, faltando-lhe o exercício do cargo efetivo. Em seu raciocínio, a posse e exercício de cargo efetivo seria a **condição** que faltava para o exercício do direito questionado, e não um requisito legal para a sua aquisição, como entendemos. No entanto, ao assumir ele o cargo efetivo já não tinha o direito à incorporação sendo certo que ‘para a aquisição do direito, ou seja, para o ingresso deste no patrimônio do pretendo titular, seria mister que, antes da revogação, se houvessem reunido e consumado todos os elementos, isto é, os fatos idôneos à sua constituição ou produção.’ (MS 21216 - DF, Pleno, Min. Octavio Galloti)

É de se ressaltar, ainda, que o deferimento do pleito ora examinado encontra óbice anterior à data mencionada no art. 15, § 2º, da Lei nº 9.527/97. Em março de 1995 a MP nº 939/95, em seu art. 5º, § 6º, consignou que somente poderia haver incorporação nos casos em que o exercício da função ou cargo comissionado fosse **concomitante** com o exercício de cargo efetivo. Posteriormente, em 26/09/1995, surge a MP nº 1.160/95 a qual, além de dispor expressamente de modo diverso não mais exigindo a concomitância (ver art. 2º, referente à nova redação do § 2º do art.

3º, da Lei nº 8.911/94), não convalidou os atos praticados com base na Medida Provisória anterior (MP nº 1.127/95). Finalmente, voltou a vigor, agora definitivamente, a norma exigindo a concomitância a partir de 25/11/95, data da publicação da MP nº 1.195, de 24/11/95, a qual, além de reestabelecer a exigência constante do referido art. 5º, § 6º, da já caduca MP nº 939/95, não convalidou os atos praticados com base, entre outros, no art. 2º da MP nº 1.160/95, acima citado, causando, portanto, a ineficácia **ex tunc** deste dispositivo.

A redação do art. 3º da Lei nº 8.911/94, no que aqui interessa, a partir de 25.11.95 (desde a publicação da MP nº 1.195, de 24.11.1995 até a MP nº 1.480-36, de 6.11.1997) até a sua revogação em 11.11.1997 pelo art. 18 da Lei nº 9.527/97 ficou assim:

‘Art. 3º Para os efeitos do disposto nos parágrafos do art. 62 da Lei nº 8.112, de 1990, **o servidor ocupante de cargo efetivo** investido em função de direção, chefia ou assessoramento, em cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial, previstos nesta Lei, incorporará a sua remuneração (.....)’.

Sendo assim, a partir de 25/11/95 e até 11.11.1997, vigorou norma autorizadora da incorporação de quintos ou décimos, única e exclusivamente, na hipótese de exercício concomitante de cargo efetivo regido pela Lei nº 8.112/90 com a função ou cargo em comissão. Note que as Medidas Provisórias nº 1.195/95 e sucessivas reedições tiveram seus efeitos confirmados pelo art. 20 da Lei nº 9.624, de 2.4.1998.

Portanto, ante o supra exposto e à luz do entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, pode-se afirmar que a incorporação pretendida deve ser negada por falta de amparo legal, uma vez que o tempo de serviço prestado em cargo em comissão ou função comissionada por quem - até a data de entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.195/95, convalidada pela Lei nº 9.624/98 - não ocupava cargo efetivo, não pode ser computado para efeito de incorporação de quintos, ou seja, a partir de **25/11/95**, passou a ser requisito legal imprescindível para a incorporação do tempo de serviço em cargo em comissão ou função de direção, chefia ou assessoramento, o exercício concomitante de cargo efetivo regido pela Lei nº 8.112/90, faltando-lhe ainda, à evidência, fundamento para o amparo do art. 15, § 2, da Lei nº 9.527/97”.

Comparece, então, o interessado, aos autos, com novo memorial (fls. 89/99). Contesta o parecer do Ministério Público, no que afirma que o art. 15 da Lei 9.527/97 “não ofendeu qualquer direito do requerente, pois o mesmo não integrava o seu patrimônio”.

Reitera, então, que “já possuía direito adquirido condicional, à época da edição do diploma, ficando resguardando seu direito pelo § 2º do art. 15 da nova norma editada. E direito adquirido, ainda que condicional, integra, sim, o patrimônio individual. A afirmação do MPTCU em sentido contrário, citada no item precedente, obriga a trazer de novo à colação a contrariada doutrina a respeito, produzida por consagrados mestres nas obras citadas na petição anterior, a saber (...)”.

Acrescenta às suas alegações que o exercício do cargo em comissão, para fins da vantagem da incorporação de quintos, não há de ser concomitante com a titularidade de cargo efetivo, mas que esta pode ocorrer no futuro, pois a lei “*não teria empregado o termo NOMEADO, utilizado para o exercício de cargo em comissão. Ter-se-ia limitado a lei a empregar somente a expressão DESIGNADO, utilizada no caso da designação de servidores efetivos para o exercício de função gratificada. Naturalmente, trata-se de detalhe técnico da área de Recursos Humanos da Administração Pública que escapou ao exame da d. Procuradoria, induzindo-a ao equívoco apontado. Ao admitir o servidor nomeado, expressamente a lei abrange o caso que vierem posteriormente a ingressar nos quadros efetivos do serviço público*”.

O interessado formula, ainda, raciocínio hipotético para robustecer sua tese de direito adquirido:

“Admitamos que, em 1994, tivesse sido editada uma lei nos seguintes termos: ‘Lei nº 100/94 – Art. 1º. Aquele que possuir automóvel e fabricação nacional movido a álcool terá direito à isenção de IPI na compra de novo automóvel movido a álcool, que vier a ser adquirido em substituição ao anterior.’.

Mais tarde, em 1997, é editada uma nova lei, dizendo: ‘Lei 200/97 – Art. 1º, Fica extinta a isenção de IPI estabelecida pelo art. 1º da Lei nº 100/94. § 1º. (...) § 2º. É assegurado o direito à isenção àquele que, em 11 de novembro de 1997, tiver cumprido todos os requisitos legais para a isenção a ela referente.’ (texto semelhante, *mutatis mutandis*, ao do § 2º do art. 15 da Lei nº 9.527/97).”

Entende o requerente que, a qualquer tempo, desde que venha a implementar a condição futura e incerta de adquirir novo carro movido a álcool em substituição ao anterior, adquirido antes da edição da Lei 200/97, poderia pleitear a isenção do IPI, visto que teria preenchido todos os requisitos da lei de 1994.

Sobre as medidas provisórias, mencionadas pelo Ministério Público, que antecederam à Lei 9.527/97, de 25.11.95 a 11.11.95, e regulavam a autorização de incorporação de quintos ou décimos, única e exclusivamente, na hipótese de exercício concomitante de cargo efetivo, o pleiteante afirma que baseou seu requerimento na legislação em vigor à época da postulação e só esta poderia regular o seu pleito, “*nunca na legislação anterior já revogada, absorvida ou transformada por nova norma decretada pelo Congresso*”.

Conclui que, se o legislador retirou da redação da Lei 9.527/97 a concomitância antes exigida, fê-lo porque não queria que tal exigência figurasse da lei.

Um quarto memorial foi juntado aos autos por solicitação do requerente (fls. 100/2), visando a fortalecer a já citada alegação a respeito dos efeitos derivados da distinção entre as expressões “nomeação para cargo em comissão” e “designação para função de confiança”, constantes das Leis 8.112/90, 8.911/94 e 9.527/97, e a reiterar que a expressão “nomeação” destina-se aos casos de indicação de servidores, sem vínculo efetivo com o Serviço Público para o exercício de “cargo em comissão”.

Retorna o processo à apreciação do Plenário, após a obtenção de vista dos autos solicitada pelo eminente Ministro Valmir Campelo na sessão extraordinária de caráter reservado de 28.3.2001.

É o relatório.

VOTO

Pretende hoje o requerente a incorporação da vantagem remuneratória dos quintos, de que respectivamente trata a Lei 8.911/94, uma vez que exerceu cargo em comissão, no Ministério da Fazenda, sem vínculo efetivo, no período de 19.12.79 a 4.5.86.

Ocorre, porém, que ele somente foi investido no cargo de provimento efetivo de Analista de Finanças e Controle Externo deste Tribunal em 15.9.99, muito após a ab-rogação da Lei 8.911/94.

Verifico que esta Corte já deliberou sobre a matéria. Na sessão de 9.2.2000, o Plenário desta Casa, ao examinar caso idêntico, determinou a anulação do ato de incorporação de quintos de funções comissionadas a servidor de tribunal que não havia sido detentor de cargo efetivo até a data de 11.11.97, nos termos do art. 2º da Lei 9.527/97, tendo, posteriormente, assumido cargo efetivo (Decisão 69/2000-TCU-Plenário).

Os pertinentes fundamentos dessa deliberação são os mesmos esposados pelos lúcidos pareceres da Secretaria-Geral de Administração e do Ministério Público, consistentes no fato de que, por ocasião da posse do requerente no cargo efetivo de Analista, o instituto da incorporação dos quintos já havia sido extinto, por força do art. 15 da Lei 9.527, de 11.11.97, reconhecendo, o § 2º do mesmo dispositivo, o direito adquirido somente a quem, em 11.11.97, houvesse “*cumprido todos os requisitos legais para a concessão*”, dentre os quais a investidura em cargo de provimento efetivo no Serviço Público Federal.

Considero indene de críticas o pronunciamento do Plenário, razão pela qual é equivocada a posição defendida pelo interessado e pela douta Consultoria Jurídica deste Tribunal, no sentido de que a investidura em cargo de provimento efetivo não seria um dos requisitos legais exigidos pelo § 2º do art. 15 da Lei 9.527/97, senão condição, que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto, nos termos do art. 114 do Código Civil, consistindo, os requisitos legais, apenas os previstos no art. 3º da Lei 8.911/94, vale dizer, o exercício do cargo comissionado ou função de confiança.

O conceito de direito adquirido condicional não se aplica a este caso concreto. Todas as passagens da doutrina, colacionadas pelo interessado, dizem respeito a institutos de direito privado, aplicáveis a atos negociais, consistentes em elementos acidentais de negócios jurídicos. A *condição*, prevista no art. 114 do Código Civil, ao lado do *termo* (art. 123) e do *encargo* (art. 128), constituem cláusulas implícitas ou explícitas que, acessoriamente, se agregam a contratos e testamentos, salvo restrições legais, modificando os efeitos jurídicos do negócio.

A tese sustentada pelo requerente, com o abono da Consultoria Jurídica, implica o reconhecimento do direito adquirido a regime jurídico, hipótese jamais admitida no direito brasileiro. Com efeito, com a revogação do regime jurídico que autorizava e disciplinava o instituto da incorporação de quintos e décimos, apenas

os que poderiam ter incorporado tais parcelas até a data da revogação têm a ela direito, pois não se adquire direito à manutenção de legislação mais benéfica.

Ademais, o art. 117 do Código Civil preceitua que “*Não se considera condição a cláusula, que não derive exclusivamente da vontade das partes, mas decorra necessariamente da natureza do direito, a que acede*”. A propósito, exemplifica Maria Helena Diniz, cuja doutrina é também mencionada pelo requerente, a venda de uma casa se ela se perfizer por escritura pública; a entrega de legado se o legatário estiver vivo ao tempo da abertura da sucessão (*Código civil anotado*. p. 121. São Paulo: Saraiva. 1995)

Da mesma forma, é da própria natureza da incorporação dos quintos esteja o servidor investido em cargo de provimento efetivo, sendo este **status** requisito absolutamente essencial para a incorporação da vantagem. Não há incorporação senão na remuneração do cargo efetivo. Se não havia cargo efetivo, na oportunidade em que o ordenamento jurídico autorizava e disciplinava a incorporação, impossível sua ocorrência. Extinta a incorporação de parcelas, com a supressão de seu regime jurídico do ordenamento jurídico, inviável sua concessão, à luz do direito positivo.

Os quintos de função comissionada ou de cargo em comissão configuram parcelas remuneratórias calculadas sobre o valor das funções de confiança ou cargos comissionados, outrora passíveis de incorporação, nos termos estritos da legislação então vigente, aos vencimentos do *cargo efetivo* do servidor. Logo, só quem detinha cargo efetivo, enquanto vigente o regime de incorporação, pode incorporar a aludida vantagem.

A propósito, a legislação jamais cuidou de cargo efetivo eventual, futuro e incerto, mas de cargo que o servidor ocupava, enquanto também investido no cargo em comissão ou na função de confiança.

A vantagem dos quintos foi instituída com o intuito de conferir estabilidade financeira aos servidores que, por longos períodos, exerceram atribuições de confiança na Administração Pública Federal, reduzindo, ou mesmo evitando, perdas salariais, em virtude de destituição do cargo em comissão, com o conseqüente retorno do servidor ao cargo efetivo.

Não considero juridicamente possível, ou razoável, admitir que o exercício de função de confiança por servidor sem vínculo com o Serviço Público Federal criasse para este mesmo servidor o direito adquirido de incorporar quintos quando viesse, um dia, eventualmente, a ser empossado em cargo de provimento efetivo.

A Decisão Plenária nº 462/96 não serve de espaldar para os argumentos do requerente. Como visto, ela é de 1996, período em que estava em pleno vigor a Lei 8.911/94, a permitir a incorporação dos valores dos cargos em comissão e funções comissionadas, sempre enfatizando, como requisito básico, para a obtenção da vantagem, estar o servidor investido em cargo de provimento efetivo. Apenas sob a égide daquela legislação, considerou-se válida a incorporação de quintos e décimos por servidor sem vínculo efetivo com a Administração Pública Federal, quando viesse a tomar posse em cargo de provimento efetivo.

Não poderia ela garantir, pois estaria arrogando função legislativa, que o adimplemento deste requisito pudesse ocorrer a qualquer tempo no futuro, eternamente, ainda que a vantagem viesse a ser suprimida do ordenamento jurídico, o que se deu com a edição da Medida Provisória 1.595-14, de 10.11.97, transformada na Lei 9.527, de 10.12.97.

Em nenhum momento, a Lei 9.527/97, em seu § 2º, garantiu direito perpétuo à vantagem dos quintos para os que exerceram cargo em comissão ou função de confiança sem vínculo efetivo com Administração Público Federal, caso viessem, um dia, eventualmente, a ser investidos em cargo de provimento efetivo dessa mesma administração, após a revogação da legislação instituidora dos quintos.

A Lei 9.527, de 10.12.97, apenas explicitou o marco temporal de 11.11.97, data da publicação da Medida Provisória 1.595-14, de 10.11.97, no Diário Oficial da União (Anexo 1, página 25.769), que deu origem à Lei 9.527, tendo a extinção da 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 8.911/97, operado desde 10.11.97.

Outro argumento trazido pelo interessado consiste em que a distinção legal entre os termos “designação” para “função de confiança” e “nomeação” para “cargo em comissão” diz respeito a ser aquela primeira expressão utilizada no caso de servidores efetivos e esta, a “nomeação”, apenas no caso daqueles que não tenham vínculo efetivo com a Administração Pública. Tal distinção é artificial e não encontra suporte nem no direito positivo, nem na doutrina, nem tampouco na jurisprudência.

O efeito pretendido pelo interessado, decorrente da distinção entre as expressões utilizadas pelas leis ordinárias que disciplinavam a vantagem em comento, é, por exemplo, inteiramente dissonante do preceituado na Constituição Federal, cujo art. 37, inciso V, desde sua redação original, previa o exercício tanto de função de confiança quanto de cargo em comissão, preferencialmente, por servidores com vínculo efetivo com a Administração, conforme transcrito a seguir:

“Art. 37. (...)

V – os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei.” (redação original)

“Art. 37. (...)

V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.” (redação dada pela Emenda Constitucional 19/98)

Por fim, não obstante a similitude de redação, não vislumbro analogia possível entre o caso concreto do servidor e a situação hipotética por ele proposta, de natureza tributária, regida por princípios e hermenêutica próprios.

Lamento, portanto, concluir no sentido do indeferimento da vantagem pleiteada pelo servidor, uma vez que não há no ordenamento jurídico pátrio direito adquirido a regime jurídico.

Não obstante ora se aprecie a questão em procedimento de índole **interna corporis**, esta Corte tem reiterado seu entendimento e pacificado jurisprudência sobre o tema.

Nesse sentido, considerando que os efeitos cogentes dessas deliberações repercutem em toda a Administração Pública, em que se tem verificado a existência de dúvidas quanto ao tratamento da matéria, em especial no âmbito do Poder Judiciário, tenho por oportuno que o Tribunal envie cópia do inteiro teor da decisão a ser proferida nestes autos, para ciência, ao Conselho da Justiça Federal, órgão incumbido da coordenação central dos sistemas de recursos humanos da Justiça Federal, aos órgãos do controle interno do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e Regionais da Justiça Eleitoral e do Trabalho, assim como à Secretaria Federal de Controle.

A propósito, considero igualmente oportuno que esta Corte determine à Secretaria-Geral de Controle Externo que oriente às unidades técnicas no sentido de que, por ocasião da realização de auditorias na área de pessoal de órgãos e entidades jurisdicionados ao Tribunal, verifique a estrita observância do entendimento expresso na decisão a ser proferida.

Ante o exposto, VOTO por que o Tribunal adote DECISÃO que ora submeto à apreciação deste Plenário .

DECISÃO Nº 220/2001 - TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo nº TC-016.462/1999-8
2. Classe de Assunto: VII – Administrativo.
3. Interessado: Alfredo Sérgio Teixeira de Macedo, Analista de Finanças e Controle Externo – Área Controle Externo.
4. Órgão: Tribunal de Contas da União.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado.
7. Unidade Técnica: Secretaria-Geral de Administração – Secretaria de Recursos Humanos.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
 - 8.1. indeferir o pedido de averbação do tempo de exercício em cargo em comissão na Administração Pública Federal, sem vínculo efetivo, para fins de incorporação de parcelas da retribuição do cargo comissionado, nos termos do art. 3º e 10 da Lei 8.911/94, e conseqüente constituição de vantagem pessoal nominalmente identificada, a teor do art. 15 da Lei 9.572/97, em razão de o servidor

¹ Publicada no BTCU nº 30, de 30/04/2001.

interessado haver se tornado titular de cargo de provimento efetivo da Administração Pública Federal após 11.11.97, data em que foi extinta a referida vantagem;

8.2. enviar cópia desta Decisão, acompanhada do Relatório e Voto que a fundamentam, ao Conselho da Justiça Federal, aos órgãos de controle interno do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e Regionais da Justiça Eleitoral e do Trabalho e à Secretaria Federal de Controle;

8.3. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo que oriente as unidades técnicas no sentido de que, por ocasião da realização de procedimentos fiscalizatórios na área de pessoal de órgãos e entidades jurisdicionados a este Tribunal, verifique a estrita observância do entendimento expresso nesta decisão;

8.4. encaminhar ao interessado cópia desta Decisão, acompanhada do Relatório e Voto que a fundamentam; e

8.5. arquivar o presente processo.

9. Ata nº 13/2001 – Plenário

10. Data da Sessão: 18/04/2001 – Extraordinária de caráter reservado.

11. Especificação do *quorum*:

11.1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Bento José Bugarin, Valmir Campelo, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues (Relator), Guilherme Palmeira e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Benjamin Zymler.

HUMBERTO GUIMARÃES SOUTO
Presidente

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Ministro-Relator