

Processo: 1066694

Natureza: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE

Procedência: Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Três Pontas – Iprev

Processo referente: 990108, Aposentadoria

Procuradores: Yves Duarte Tavares, OAB/MG 94.198; Caroline Luz Zanetti, OAB/MG 154.664; Gabriel Castro Costa, OAB/MG 139.046; José Maurício Girardeli Lopes, OAB/MG 66.151; Juliana Tiso Bernardo, OAB/MG; 130.752; Neander Oliveira, OAB/MG 137.431

MPTC: Sara Meinberg

RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

TRIBUNAL PLENO – 6/10/2021

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA. PROVENTOS DE APOSENTADORIA. ACRÉSCIMO PERCENTUAL DE VALORES. VALOR SUPERIOR AOS VENCIMENTOS PERCEBIDOS PELOS SERVIDORES. VIOLAÇÃO AO ART. 40, §§ 2º E 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019. LIMITAÇÃO DOS EFEITOS DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE PARA O PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA EMENDA. ALCANCE DA DECISÃO. INCOMPETÊNCIA DAS CORTES DE CONTAS PARA RECONHECER A INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA EM ABSTRATO. AFASTADA A APLICABILIDADE DA NORMA NO CASO CONCRETO. ARQUIVAMENTO.

1. É incompatível com a Constituição Federal, até a promulgação da Emenda Constitucional 103/2019, norma municipal que concede acréscimos percentuais aos proventos dos servidores, de maneira a ultrapassar os vencimentos que percebiam enquanto na ativa, por violação expressa ao teor até então veiculado pelo art. 40, §§ 2º e 3º, da Carta Magna.
2. Considerando que durante o curso do incidente de inconstitucionalidade tenha sido modificada a Constituição, toma-se por paradigma a norma vigente à época para fins de registro de aposentadoria, alcançando os efeitos da presente decisão tão somente o período anterior à emenda constitucional.
3. Esta Corte de Contas não possui competência para reconhecer a inconstitucionalidade de norma em abstrato, atribuição que, de fato, compete ao Poder Judiciário. O que os Tribunais de Contas estão legitimados a fazer é, diante da verificação de norma pretensamente inconstitucional, afastar a sua aplicabilidade no caso concreto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por maioria, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, nos termos do voto-vista do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, em:

- I) afastar, no caso concreto, a incidência do art. 21-A, § 9º, da Lei Municipal n. 1.646/1994, do Município de Três Pontas, porquanto inconstitucional seu conteúdo até a promulgação da emenda 103, de 12 de novembro de 2019;
- II) determinar a remessa de cópia desta decisão ao Ministério Público junto ao Tribunal para que, com fundamento no art. 32, VII, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, represente à Procuradoria-Geral a fim de ajuizamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade acerca da norma;
- III) determinar a intimação do aposentando, do Município de Três Pontas, do Presidente da Câmara Municipal de Três Pontas e do IPREV, todos na forma do art. 166, § 1º, I, do RITCEMG;
- IV) determinar, após, o arquivamento dos autos.

Votaram o Conselheiro Sebastião Helvecio, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro Substituto Adonias Monteiro, o Conselheiro Gilberto Diniz e o Conselheiro Durval Ângelo. Vencido, em parte, o Relator, Conselheiro Wanderley Ávila.

Presente à sessão a Procuradora-Geral Elke Andrade Soares de Moura.

Plenário Governador Milton Campos, 6 de outubro de 2021.

MAURI TORRES

Presidente

WANDERLEY ÁVILA

Relator

CLÁUDIO COUTO TERRÃO

Prolator de voto vencedor

(assinado digitalmente)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 15/9/2021

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

I – RELATÓRIO

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade instaurado por meio do voto proferido pelo Conselheiro Substituto Adonias Monteiro, em sessão da 1ª Câmara do dia 23/04/2019, nos autos da Aposentadoria nº 990.108 (fls. 22/24 daqueles autos), proveniente do Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Três Pontas (Iprev), a fim de questionar incidentalmente a constitucionalidade do art. 21-A, § 9º, da Lei Municipal nº 1.646/1994, que conferiu acréscimo de 7% (sete por cento) sobre os proventos de aposentadoria aos filiados ao Instituto que não compõem, após a concessão do benefício, a base de cálculo da contribuição dos inativos, atentando supostamente contra o art. 40, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, notadamente em relação aos princípios da contributividade e do equilíbrio financeiro e atuarial.

Por meio do despacho constante da fl. 25 daqueles autos foi ordenada a autuação do presente incidente em 30/04/2019 pela Presidência e sua distribuição a relator com assento no Tribunal Pleno.

Consta da fl. 1 destes autos o termo de encaminhamento do processo à Presidência, da fl. 2 o despacho de autuação e das fls. 3/5 o voto por meio do qual foi instaurado o incidente.

Os autos foram distribuídos à minha relatoria em 30/04/2019, conforme certidão de fl. 6.

O processo de origem foi apensado a estes autos, nos termos da determinação do despacho da Presidência ordenando a autuação, conforme certidão de fl. 7.

À fl. 8/8-v., despachei ordenando a intimação do Executivo e Legislativo do Município de Três Pontas para, querendo, manifestarem-se nos autos acerca da constitucionalidade do dispositivo analisado, tendo sido intimados regularmente, conforme ofícios e avisos de recebimento constantes das fls. 9/12.

Respondeu a Prefeitura pelo ofício de fl. 13, anunciando os esclarecimentos do Sr. Luciano Reis Diniz, Diretor do Iprev, que constam da fl. 14/14-v. dos autos, instruídos com os documentos de fls. 15/41.

Ausente manifestação da Câmara Municipal, conforme certidão de fl. 42.

Encaminhei os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Benefícios Previdenciários dos Municípios em 05/08/2019, conforme despacho de fl. 43, tendo-se, então, elaborado o estudo constante das fls. 44/48, manifestando-se a Unidade Técnica pela possibilidade de apreciação da constitucionalidade da norma nestes autos.

Em 27/08/2019, encaminhei os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal para emissão de parecer conclusivo (fl. 49/49-v.), ao que respondeu o *Parquet* às fls. 51/54, opinando pela procedência da arguição de inconstitucionalidade e pelo afastamento, na apreciação do processo de aposentadoria originário, da norma do art. 21-A, § 9º, da Lei Municipal nº 1.646/1994, porquanto incompatível com o art. 40, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal.

Vieram-me, então, conclusos os autos.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Primeiramente, devo salientar que, embora tenha o Supremo Tribunal Federal (STF) se posicionado pela impossibilidade do exercício de controle de constitucionalidade, seja pela via direta ou incidental, quando do julgado do Mandado de Segurança nº 35.410/DF, em 12/04/2021, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, entendo que não há óbice para que apreciemos a constitucionalidade do ato em questão.

Este caso embora guarde pertinência com o exercício de controle de constitucionalidade por esta Corte, considerando o princípio da simetria, ostenta a natureza de controle difuso de constitucionalidade.

Assim sendo, os efeitos da decisão são somente *inter partes*, conforme a doutrina mais abalizada:

Por último, nesse estudo resta salientar apenas sobre quais são os efeitos da decisão no controle difuso no Brasil?

Ora, os efeitos são sem dúvida, *ex nunc* e *inter partes*, pois o que se julga é um caso concreto, então será necessário que se produza efeitos retroativos e somente entre as partes envolvidas. Esta é a regra.¹

Portanto, os efeitos daquela decisão não atingem o presente incidente.

Dir-se-ia de expansão dos efeitos em relação a tal decisão por meio da teoria da abstrativização do controle difuso, que visa justamente a que as decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso trajem efeitos *erga omnes*, como se prolatadas em sede de controle concentrado houvessem sido.

Com efeito, vem ganhando espaço referida tese no âmbito do Pretório Excelso, uma vez que, por exemplo, no julgamento da ADI nº 3.470/RJ, em 29/11/2017, de relatoria da Ministra Rosa Weber, o Plenário do STF entendeu pela declaração incidental de inconstitucionalidade de dispositivo de lei federal, declarando efeitos *erga omnes* em relação à decisão, embora em sede de controle difuso de constitucionalidade.

No entanto, no caso do Mandado de Segurança 35.410/DF, os Ministros que se manifestaram expressamente pela impossibilidade ontológica de o Tribunal de Contas exercer controle de constitucionalidade foram os Ministros Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Rosa Weber, tendo sido concedida a ordem contrariamente ao julgamento de incidente de inconstitucionalidade pelo TCU por outros fundamentos pelos demais Ministros.

Trata-se, por isso, de julgamento minoritário e no qual somente as partes do *mandamus* ficam vinculadas aos seus efeitos, até porque, quando em sede de controle difuso o STF desejou declarar efeitos *erga omnes* da decisão, fê-lo expressamente, o que não foi o caso do julgamento supramencionado.

Naquela oportunidade, o STF não alterou o alcance do Enunciado nº 347 de sua Súmula, permanecendo ainda possível aos Tribunais de Contas realizarem controle difuso de constitucionalidade, como no presente caso, razão pela qual passo à análise do caso concreto apresentado no incidente.

¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1.456;

Necessário, antes de mais nada, salientar que, desde a suscitação do incidente, a Constituição Federal foi modificada pela Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, alterando-se o teor do art. 40 e parágrafos.

Assim, há que se considerar que as relações de direito material se regem pelas normas vigentes à época de sua constituição, pelo princípio *tempus regit actum*.

Dessa feita, a análise de constitucionalidade presente se refere à compatibilidade do ato de concessão de aposentadoria do servidor às normas constitucionais então vigentes.

Os efeitos da presente decisão, de igual maneira, farão referência tão somente ao período de vigência da norma constitucional em face da qual se questiona a validade do normativo municipal até a promulgação da referida emenda, cuja análise escapa ao mérito deste incidente.

Conforme relatado, o incidente de inconstitucionalidade foi suscitado no bojo dos autos nº 990.108, que trata do registro de aposentadoria de servidor.

O art. 21-A, § 9º, da Lei Municipal nº 1.646/1994, prevê:

Art. 21-A. Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência. (acrescido pela Lei nº 2.818, de 18 de julho de 2007, com vigor em 16 de setembro de 2007)

[...]

§ 9º. Antes da conclusão do cálculo final dos proventos dos servidores e pensões dos dependentes filiados ao IPREV, será acrescido 7% (sete por cento) na totalização dos citados benefícios previdenciários. (acrescido pela Lei nº 2.881, de 11 de março de 2007)

Salientou o relator do processo de origem que o dispositivo conflitaria com o art. 40, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, que estipula a impossibilidade de o servidor aposentado auferir proventos em valor maior que aquele por ele percebido a título de vencimentos enquanto na ativa, além de estatuir a necessidade de observância do princípio da contributividade em relação ao tratamento das relações previdenciárias.

Regularmente intimado, o Prefeito Municipal, Sr. Marcelo Chaves Garcia, pela Procuradoria-Geral do Município, encaminhou a resposta vista às fls. 13/14-v., com ofício de lavra do Diretor do IPREV, Sr. Luciano Reis Diniz, acompanhado dos documentos de fls. 15/41.

O Diretor salientou que a questão já foi objeto de apreciação pelo TCE/MG quando do julgamento da Representação nº 969.484, transcrevendo o dispositivo do acórdão e utilizando como argumentação todo o teor do julgado.

A documentação contém a lei cujo dispositivo é impugnado neste incidente, bem como atos do processo de representação em referência.

Embora regularmente citado, o Presidente da Câmara Municipal de Três Pontas não se manifestou nos autos, conforme certificado à fl. 42.

A Unidade Técnica, em seu estudo de fls. 44/47, entende que, embora a decisão prolatada na Representação nº 969.484 tenha abordado especificamente o dispositivo legal em questão, não versou sobre sua constitucionalidade, mas, sim, sobre seu impacto no cumprimento das exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal, razão pela qual não há que se falar em coisa julgada relativamente à matéria apreciada neste incidente.

O Ministério Público junto ao Tribunal, por sua vez, considerou prejudicada a argumentação do IPREV no sentido de que não houve violação à Lei de Responsabilidade Fiscal em função do aumento de 7% (sete por cento) no cálculo final dos proventos, bem como que o aumento foi aprovado pelo Conselho Fiscal do Instituto, uma vez que não guardam pertinência com a análise constitucional do dispositivo.

No tocante à boa-fé dos servidores que percebem os proventos na forma do dispositivo legal impugnado, mencionada pelo IPREV na transcrição do acórdão que entendeu paradigmático, o *Parquet* ratificou o fato de que o TCE/MG realiza controle de constitucionalidade tão somente *in concreto*, de maneira que a produção de efeitos da decisão ocorre tão somente entre as partes componentes do processo, não afetando eventuais outros servidores que, de boa-fé, receberam proventos naquela forma.

Prosseguiu o Ministério Público junto ao Tribunal, aduzindo que, quanto à questão de o TCE/MG vir, por longo período, registrando os atos de aposentadoria dos servidores nesse formato, não é razão suficiente a impedir a apreciação da constitucionalidade do dispositivo legal nesta oportunidade.

Repisou que, caso assim se considerasse, estar-se-ia admitindo que a reiteração de registro dos atos de aposentadoria pelo Tribunal sem o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei absurdamente terminaria por emendar a própria Constituição.

Quanto à questão de já se ter analisado a constitucionalidade da norma nos autos da Representação nº 969.484, afirma o *Parquet* que, embora tenha o representante, na ocasião, suscitado eventual inconstitucionalidade do dispositivo municipal, o TCE/MG, quando do julgamento, não se debruçou em momento algum sobre a questão, não havendo, portanto, coisa julgada referente à constitucionalidade da norma impugnada.

Salientou que, ainda que assim se entendesse, a coisa julgada não recai sobre os motivos importantes para determinar o alcance do dispositivo dos julgados, bem como sobre a verdade dos fatos estabelecida como fundamento do pronunciamento jurisdicional, nos termos do art. 504 do Código de Processo Civil (CPC).

Finalmente, o *Parquet* aduz que a norma viola a literalidade do art. 40, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, razão pela qual deve o incidente ser julgado procedente e a aplicação da norma, no caso concreto do registro da aposentadoria do servidor, afastada.

Pois bem.

Valho-me das considerações do Ministério Público junto ao Tribunal para afastar a argumentação do Executivo de Três Pontas em relação ao julgamento da Representação nº 959.484.

Quanto à regularidade fiscal reconhecida naquele acórdão relativamente às despesas motivadas pela aplicação do dispositivo legal ora em análise, bem como a aprovação do Conselho Fiscal do IPREV quanto às despesas, não encontram relação com o presente processo, que tem por finalidade tão somente a avaliação da compatibilidade da norma com a Constituição Federal, sendo irrelevantes suas implicações fiscais, mormente aquelas analisadas formalmente, sem ingerência no mérito do ato administrativo, como é o caso da avaliação do cumprimento dos ditames da Lei Complementar nº 101/2000.

Quanto à boa-fé dos servidores que percebem os proventos, adoto também a fundamentação do Ministério Público junto ao Tribunal no sentido de que a presente decisão impactará tão somente no registro da Aposentadoria nº 990.108, não alcançando eventuais outros servidores que, por *bona fides*, recebem seus proventos na forma observada.

Ademais, o presente incidente tem por objeto tão somente a validade da norma em questão perante a Constituição Federal, de maneira que a conduta dos servidores, em particular, nada acrescenta à análise do presente feito.

Finalmente, acrescento que até mesmo o erro operacional da Administração motiva, atualmente, o respectivo ressarcimento ao servidor que receber indevidamente remuneração a maior, nos termos de recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ – Tema 1.009, julgado em 19/05/2021, Relator Ministro Benedito Gonçalves), cabendo ao próprio servidor demonstrar sua boa-fé, no caso concreto, em ação própria de ressarcimento.

Assim, afasto também a argumentação quanto à aplicação da Representação nº 959.484 no tangente à boa-fé dos servidores, por não serem alcançados pelo presente processo.

Quanto ao argumento de que o TCE/MG vem registrando atos de aposentadoria nos termos do dispositivo impugnado, também não merece prosperar, pelas razões deduzidas pelo *Parquet*.

A reiteração de registro de atos em desconformidade à Constituição não tem o condão de emendar seu texto, de maneira a tornar constitucional a conduta que afrontá-la, tampouco de impedir a revisão do Tribunal quanto ao seu entendimento.

Quanto aos argumentos veiculados pelo Executivo de Três Pontas, hei de salientar que, com efeito, o acórdão proferido na representação invocada não versou em momento algum sobre a constitucionalidade ou não da norma, tendo por escopo tão somente a regularidade fiscal das despesas.

Por essa razão, não há, de fato, qualquer óbice relativo à coisa julgada em relação ao presente julgamento.

Afasto, assim, os argumentos ventilados pela petição do Prefeito Municipal de Três Pontas.

Prosseguindo, transcrevo os dispositivos constitucionais supostamente violados:

Art. 40. O servidor será aposentado:

[...]

§ 2º Os proventos de aposentadoria e as pensões por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.

A leitura dos dispositivos conduz à singela conclusão de que os vencimentos do servidor, enquanto na ativa, representam o limite de seus proventos, não podendo estes exceder aquela remuneração.

Ademais, considerando que a base de cálculo para a concessão dos proventos é a remuneração utilizada para as contribuições do servidor, também ausente qualquer dúvida em relação à impossibilidade de que os proventos excedam o valor então percebido pelo servidor a título de vencimentos.

Como se não pudesse ser mais clara a letra da norma, trago à colação ligeiramente excerto doutrinário a fim de confirmar a interpretação:

Os *limites* aplicáveis aos proventos de aposentadoria pagos pelo regime previdenciário dos servidores públicos são outros. De acordo com o que dispõe o art. 40, §2º, da Constituição, “os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se

deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão”, devendo, em qualquer caso, ser também observado o teto de remuneração dos servidores públicos previsto no art. 37, XI, da Constituição, correspondente ao subsídio dos ministros do STF.

Ou seja, enquanto o regime geral da previdência social não permite pagamento de aposentadoria em valor superior a R\$3.916,20 (teto da previdência social para o ano de 2012), o regime previdenciário especial não permite que os proventos de aposentadoria dos servidores públicos sejam superiores:

1. Aos vencimentos percebidos pelo servidor na atividade (CF, art. 40, §2º); ou
2. Ao teto remuneratório previsto do serviço público (CF, art. 37, XI)².

Dispondo, portanto, a norma municipal no sentido de que serão acrescidos 7% (sete por cento) aos proventos do servidor aposentado antes da conclusão dos cálculos, está, em primeiro lugar, em desacordo à base de cálculo então instituída pelo § 3º da Constituição Federal.

Sabe-se que a Administração Pública está sujeita ao princípio da legalidade, não podendo atuar fora dos limites impostos pela lei, mais ainda, então, fora dos limites constitucionais, que, no caso, expressamente preveem os limites para a concessão dos proventos de aposentadoria dos servidores públicos.

Dito isso, no caso concreto, colho da fl. 2-v. dos autos da Aposentadoria nº 990.108 que a última remuneração do servidor foi de R\$ 4.085,65 (quatro mil e oitenta e cinco reais e sessenta e cinco centavos), sendo que os proventos a ele concedidos por aposentadoria são no importe total de R\$ 4.371,64 (quatro mil, trezentos e setenta e um reais e sessenta e quatro centavos), razão pela qual resta desatendido o comando do art. 40, § 2º, da Constituição Federal.

Por ser lei geral e abstrata a aplicar-se a todos os filiados ao Iprev, de certo tal situação se repete em relação aos demais atos de concessão de aposentadoria.

Diante desse quadro, é necessário ponderar que a presente decisão, embora incidental e aplicável somente às partes no processo, se refere ao Município de Três Pontas, razão pela qual tem aplicabilidade em relação a todos os processos em que se identifique a incidência da norma municipal em questão.

É necessário que a jurisprudência dos tribunais se mantenha estável, íntegra e coerente, nos termos do art. 926, *caput*, do CPC, bem como que se observe a orientação do plenário ou órgão especial ao qual esteja vinculado o órgão julgador, conforme art. 927, V, do mesmo diploma, razão pela qual se impõe que a presente decisão se aplique aos demais casos que envolvam o mesmo diploma cuja constitucionalidade se avalia.

Além do fundamento processual supra, há que se considerar que o julgamento uniforme da presente questão remete a uma questão de isonomia entre os servidores filiados ao Iprev, tendo em vista que eventual afastamento da norma tão somente em relação ao caso concreto em comento poderia levar a decisões conflitantes a violar a isonomia, caro princípio insculpido no *caput* do art. 5º da Constituição Federal.

Neste sentido, importante lição de Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia (2010):

² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.778;

Assim, preserva-se a igualdade quando, diante de situações idênticas, há decisões idênticas. Entretanto, viola-se o mesmo princípio quando em hipóteses de situações ‘semelhantes’, aplica-se sem mais, uma ‘tese’ anteriormente definida (sem considerações quanto às questões próprias do caso a ser decidido e o paradigma, cf. infra): aí há também violação à igualdade, nesse segundo sentido, como direito constitucional à diferença e à singularidade.³

É necessária, portanto, a conclusão pela declaração de inconstitucionalidade da norma em questão em razão da incompatibilidade do art. 21-A, § 9º, da Lei Municipal nº 1.646/1994 com o art. 40, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, vigentes até a promulgação da Emenda Constitucional nº 103/2019.

A conclusão deve alcançar todos os demais atos de concessão de aposentadoria em relação aos quais se tenha aplicado o dispositivo julgado inconstitucional.

Friso, ainda, que a presente decisão não alcança a compatibilidade do ato com o atual teor de referidos dispositivos constitucionais.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por **afastar** a incidência do art. 21-A, § 9º, da Lei Municipal nº 1.646/1994, do Município de Três Pontas, porquanto inconstitucional seu conteúdo até a promulgação da emenda 103, de 12 de novembro de 2019.

Com fundamento no disposto no art. 32, VII, da Lei Orgânica, determino seja remetida cópia desta decisão ao Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, a fim de que represente ao Procurador-Geral de Justiça para ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade diante dos fatos apurados nos presentes autos.

Intime-se o aposentando do teor desta decisão, observado o disposto no inciso I do § 1º do art. 166 do diploma regimental.

Intime-se também a Prefeitura de Três Pontas, a Câmara Municipal de Três Pontas e o IPREV, na forma supracitada.

Após, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Peço vista.

³ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro** – análise de convergência entre o *civil law* e *common law* e os problemas da padronização decisória. Revista do Processo. São Paulo nº 189, 2010.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA-GERAL ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA.)

**RETORNO DE VISTA
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 6/10/2021**

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado pelo conselheiro substituto Adonias Monteiro, nos autos da Aposentadoria nº 990.108, proveniente do Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Três Pontas (Iprev), a fim de questionar incidentalmente a constitucionalidade do § 9º do art. 21-A, da Lei municipal nº 1.646/94, que conferiu acréscimo de 7% (sete por cento) sobre os proventos de aposentadoria aos filiados ao Instituto que não compõem, após a concessão do benefício, a base de cálculo da contribuição dos inativos, o que, supostamente, atentaria contra o art. 40, §§ 2º e 3º, da Constituição da República, notadamente em relação aos princípios da contributividade e do equilíbrio financeiro e atuarial.

Por decisão tomada pela Primeira Câmara na sessão do dia 23/04/19, foram os autos encaminhados ao Tribunal Pleno para apreciação incidental da constitucionalidade do citado dispositivo legal.

Na sessão do dia 15/09/21, o relator, conselheiro Wanderley Ávila, apresentou seu voto, com a seguinte conclusão:

Por todo o exposto, voto por **afastar** a incidência do art. 21-A, § 9º, da Lei Municipal nº 1.646/1994, do Município de Três Pontas, porquanto inconstitucional seu conteúdo até a promulgação da emenda 103, de 12 de novembro de 2019.

Com fundamento no disposto no art. 32, VII, da Lei Orgânica, determino seja remetida cópia desta decisão ao Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, a fim de que represente ao Procurador-Geral de Justiça para ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade diante dos fatos apurados nos presentes autos.

Intime-se o aposentando do teor desta decisão, observado o disposto no inciso I do § 1º do art. 166 do diploma regimental.

Intime-se também a Prefeitura de Três Pontas, a Câmara Municipal de Três Pontas e o IPREV, na forma supracitada.

Após, arquivem-se os autos.

Após o conselheiro Sebastião Helvecio acompanhar o voto do relator, pedi vista do processo.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Conforme narrado, na sessão do Tribunal Pleno ocorrida em 15/09/21, o relator afastou a incidência do disposto no § 9º do art. 21-A da Lei nº 1.646/94, editada pelo Município de Três Pontas, por entender que seu conteúdo estaria em desacordo com os §§ 2º e 3º do art. 40 da CR/88, considerando-se a redação anterior à Emenda Constitucional nº 103/19.

Embora esteja de acordo com o voto do relator no que se refere à dissonância entre o dispositivo municipal e o comando constitucional então vigente, penso ser necessário refletir de forma mais aprofundada no que atine ao alcance da decisão deste incidente de inconstitucionalidade.

No início de seu voto, o relator menciona o acórdão exarado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Mandado de Segurança nº 35.410/DF, impetrado pelo Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil, contra ato do Tribunal de Contas da União (TCU), caracterizado pelo acórdão proferido nos autos do TC 021.009/2017-1.

Na oportunidade, o STF, por maioria, concedeu a segurança para afastar determinação contida no acórdão do TCU e determinou “que as aposentadorias e pensões dos servidores substituídos sejam analisadas em conformidade com os dispositivos legais vigentes nos §§ 2º e 3º do art. 7º da Lei nº 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004, prevendo o pagamento do bônus de eficiência, vedado o afastamento da eficácia de dispositivo legal por decisão administrativa do Tribunal de Contas da União”.

O relator do processo, ministro Alexandre de Moraes, pontuou que seria “inconcebível a hipótese de o Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle de constitucionalidade – principalmente, como no presente caso, em que simplesmente afasta a incidência de dispositivos legislativos para TODOS os processos da Corte de Contas – nos julgamentos de seus processos”. Externou, ainda, entendimento no sentido de que a subsistência da Súmula nº 347 do STF, editada em 1963, teria ficado comprometida com a promulgação da Constituição da República de 1988.

Conquanto os ministros Rosa Weber e Gilmar Mendes tenham se manifestado em sentido similar quanto à necessidade de reavaliação da recepção da Súmula nº 347 pelo texto constitucional, a possibilidade de os Tribunais de Contas exercerem controle incidental de constitucionalidade, quando do exame dos atos administrativos submetidos à sua fiscalização, foi defendida pelos ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Marco Aurélio como sendo uma prerrogativa instrumental, vinculada ao exercício da própria função de controle.

Ao final, embora naquela situação específica a maioria dos ministros tenham entendido que o TCU exorbitou de suas funções ao reconhecer, em abstrato, a inconstitucionalidade de norma e afastar sua aplicabilidade em todos os processos de sua competência, usurpando atribuição exclusiva do Poder Judiciário, não houve consenso acerca da inaplicabilidade da Súmula nº 347 ou qualquer decisão no sentido de revogar seu conteúdo, não chegando a questão a integrar a *ratio decidendi* do julgado, razão pela qual ela continua vigente.

Com efeito, nos termos da Súmula nº 347, do STF, “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.

De certo que aos Tribunais de Contas não compete exercer o controle de constitucionalidade da norma de seus jurisdicionados em abstrato, prerrogativa que cabe ao Poder Judiciário; no entanto, as Cortes de Contas podem, no caso concreto, ao reconhecer a desconformidade de alguma norma face à Constituição da República, afastar a sua aplicabilidade.

Contudo, para não incidirmos no mesmo equívoco havido pelo TCU na situação que gerou o Mandado de Segurança nº 35.410/DF, parece-me temerário determinar, conforme consta na fundamentação do voto condutor, que a presente decisão “tem aplicabilidade em relação a todos os processos em que se identifique a incidência da norma municipal” e, ainda, que “a conclusão deve alcançar todos os demais atos de concessão de aposentadoria em relação aos quais se tenha aplicado o dispositivo julgado inconstitucional”.

Isso porque, esta Corte de Contas não possui competência para reconhecer a inconstitucionalidade de norma em abstrato, atribuição que, de fato, compete ao Poder Judiciário. O que os Tribunais de Contas estão legitimados a fazer é, diante da verificação de norma pretensamente inconstitucional, afastar a sua aplicabilidade. Ademais, esse controle incidental de inconstitucionalidade está limitado ao caso concreto, sob o risco de incorreremos na transcendência dos efeitos do controle difuso, extrapolando os efeitos do caso concreto e tornando a decisão *erga omnes* e vinculante, de maneira absolutamente descabida.

Dessa feita, entendo que a previsão contida no § 9º do art. 21-A da Lei municipal nº 1.646/94 afronta o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 40 da CR/88, considerando-se a redação anterior à Emenda Constitucional nº 103/19, razão pela qual, **no caso concreto**, sua aplicação deve ser afastada.

Isso não significa que cada processo de aposentadoria submetido à apreciação deste Tribunal, que seja oriundo do Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Três Pontas (Iprev), irá exigir a manifestação do Tribunal Pleno sobre a questão aqui aventada.

Embora seja imprescindível a observância da Súmula Vinculante 10, a qual prevê que “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97⁴) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”; cumpre destacar que o Código de Processo Civil, em seu art. 949, parágrafo único, estabelece que “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

É dizer, **o princípio da reserva de plenário não exige que todas as questões sobre a constitucionalidade de atos normativos sejam submetidas ao colegiado máximo**, de tal sorte que, **caso o Tribunal Pleno já tenha se manifestado sobre a constitucionalidade de uma matéria**, as Câmaras do Tribunal podem replicar tal entendimento, sem que isso configure inobservância do art. 97 da Constituição da República, tampouco da Súmula Vinculante 10, do STF.

Destaca-se que esse entendimento foi corroborado pelo STF, conforme se infere do seguinte julgado:

Não se vislumbra contrariedade à Súmula Vinculante 10 deste Supremo Tribunal por inobservância do princípio da reserva de plenário, pois “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão” (parágrafo único do art. 481 do CPC/1973).

⁴ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

A Súmula Vinculante 10 do Supremo Tribunal Federal não retirou, como não o poderia, a higidez da exceção ao princípio da reserva de plenário (art. 97 da Constituição da República), conforme se extrai dos precedentes mencionados na elaboração do verbete citado. Não se exige a reserva estabelecida no art. 97 da CF/1988 quando o plenário, ou órgão equivalente de tribunal, já tiver decidido sobre a questão. (RE 876.067 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª T, j. 12-5-2015, DJE 96 de 22-5-2015.)

Em resumo, apesar de entender que esta decisão não pode, de forma automática e abstrata, ser estendida a todos os processos provenientes do Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Três Pontas (Iprev), sobre os quais haja incidência do § 9º do art. 21-A da Lei municipal nº 1.646/94, entendo que cada relator, ao se deparar com o exame, *in concreto*, da situação aqui narrada, pode valer-se da decisão proferida pelo Tribunal Pleno nestes autos para afastar a aplicação da norma, sem que haja ofensa à cláusula de reserva de plenário.

III – CONCLUSÃO

Pelos fundamentos expostos, acompanho o relator, entendendo que a previsão contida no § 9º do art. 21-A da Lei municipal nº 1.646/94 afronta o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 40 da CR/88, considerando-se a redação anterior à Emenda Constitucional nº 103/19, razão pela qual, **no caso concreto**, sua aplicação deve ser afastada.

Peço vênia, contudo, **para divergir em relação à parte de seu voto que pode induzir à ideia de controle abstrato por parte desta Corte de Contas**, notadamente os trechos em que se determinam que presente decisão “tem aplicabilidade em relação a todos os processos em que se identifique a incidência da norma municipal” e, ainda, que “a conclusão deve alcançar todos os demais atos de concessão de aposentadoria em relação aos quais se tenha aplicado o dispositivo julgado inconstitucional”.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

De acordo com o voto-vista.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Senhor Presidente, eu também vou acompanhar a divergência parcial aberta pelo Conselheiro Cláudio Terrão.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

De acordo com o voto-vista.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Pela ordem, senhor Presidente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Com a palavra, pela ordem, o Conselheiro Sebastião Helvécio.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Na sessão do dia 15/09/2021, eu havia acompanhado o Relator, mas achei muito oportuna essa questão trazida pelo Conselheiro Cláudio Terrão, no seu voto-vista, com relação à possibilidade de indução da ideia do controle abstrato.

Portanto, vou modificar o meu voto e acompanhar o voto-vista do Conselheiro Cláudio Terrão.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

FICA APROVADO O VOTO-VISTA. VENCIDO, EM PARTE, O CONSELHEIRO RELATOR.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA-GERAL ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA.)

sb/kl/fg

