

VOTO COMPLEMENTAR

O eminente Ministro Marcos Bemquerer Costa, ao proferir o seu voto revisor, bem identificou o ponto de divergência entre os entendimentos manifestados em ambos os processos de consulta, a saber: enquanto o revisor entende que nas hipóteses de acumulação lícita de remunerações, entre remuneração e proventos ou, ainda, entre proventos e proventos, o teto constitucional deveria incidir de forma isolada em relação a cada um dos vínculos, este Relator aplica o referido entendimento somente nos casos em que o servidor estiver em atividade, devendo o teto remuneratório incidir sobre o somatório dos rendimentos e não de forma individualizada quando se tratar de acumulação lícita de remuneração com proventos ou de proventos com proventos.

2. Para fundamentar a sua posição, o revisor alude à diferença entre texto legal e norma jurídica, aos princípios de hermenêutica constitucional da unidade da Constituição e da concordância prática e, sobretudo, ao que restou decidido nos REs 602.043 e 612.975 pelo Supremo Tribunal Federal, cujo julgamento se deu sob o regime de repercussão geral.

3. Nada obstante os judiciosos fundamentos apresentados pelo Revisor, mantenho o meu entendimento, por força do disposto no § 11 do art. 40 da CF/1988 e por não estar convencido de que a acumulação de proventos ou de proventos com vencimentos tenha sido efetivamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal nos REs 602.043 e 612.975, ao menos sob o enfoque que esta Corte de Contas vem dando à matéria.

4. Em primeiro lugar, gostaria de registrar que a hermenêutica jurídica é ramo da Teoria Geral do Direito voltado ao estudo e desenvolvimento dos métodos e princípios da atividade de interpretação. A finalidade da Hermenêutica, enquanto domínio teórico, é proporcionar bases racionais e seguras para uma interpretação dos enunciados normativos. A Hermenêutica Constitucional, por sua vez, é um desdobramento da Hermenêutica Jurídica: trata-se da ciência cujo objeto é a interpretação e concretização das constituições.

5. O objeto da hermenêutica é a interpretação. No sentido clássico, interpretar é atribuir o sentido e o alcance de um enunciado normativo. Assim, interpretar um texto legal ou constitucional equivale a revelar, no contexto da resolução de um problema, o sentido da norma jurídica, como bem lembrou o eminente revisor em seu douto voto.

6. A interpretação constitucional, porém, vai além da simples compreensão de um significado prévio existente no texto constitucional, uma vez que envolve a atividade de concretização, a qual se traduz no processo de densificação de regras e princípios, por meio da complementação e preenchimento de espaços normativos, com a finalidade de se oferecer uma solução ao caso concreto. Luís Roberto Barroso denomina essa atividade criadora de construção, diferenciando-a da interpretação nestes termos: “[...] a construção significa tirar conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São as conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma”.

7. Muita embora se reconheça essa especial deferência à interpretação constitucional, tendo em vista o caráter axiológico de que se reveste o texto da Constituição, é cediço na doutrina que a atividade de concretização ou de construção das normas constitucionais não possui caráter absoluto e também está sujeita a limites.

8. Nesse sentido, cumpre observar que a interpretação de um texto normativo, inclusive o constitucional, deve ter como limite o próprio texto. Não a letra do texto, mas a elasticidade que ele permite, valendo lembrar que o significado de um enunciado normativo é aquilo que este suscita na mente do sujeito cognoscente. Assim, quando se afirma que o texto possui uma elasticidade de interpretação, o que se quer dizer é que não se pode extrair do texto aquilo que ele não suscita na mente do intérprete (in MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 1999).

9. O texto normativo constitui o ponto de partida e o limite insuperável da atividade interpretativa. Idêntica é a posição de Celso Ribeiro Bastos, para quem *“a letra da lei constitui sempre ponto de referência obrigatória para a interpretação de qualquer norma”* (in *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, 1999).

10. Desse modo, o intérprete não pode extrair do texto qualquer significado, mas apenas interpretações contidas na moldura desenhada pelo texto normativo. Na teoria hermenêutica de Hans Kelsen, a interpretação é um ato de vontade e não de conhecimento. O intérprete escolhe, dentre as várias possibilidades de significado, aquela que considere a mais adequada (in *Teoria Pura do Direito*, 2000). Nesse sentido, João Maurício Adeodato anota que o texto da norma é importante em sua concretização, pois assume a função de *“fixar os limites (Grenzfunktion) a partir dos quais a norma será concretizada. Nesse sentido, aproxima-se da ‘moldura’ kelseniana, pois o texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção”* (in *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, 2006).

11. De acordo com a lição de Eros Grau, o intérprete “constrói” a norma a partir do enunciado (=texto). Todavia, ao intérprete não é dado escolher significados que não estejam abarcados pela moldura da norma. Interpretar não pode significar violar a norma. Como sustenta o referido autor, o intérprete *“não é um criador ex nihilo; ele produz a norma, mas não no sentido de fabricá-la, porém no de reproduzi-la (...) [a norma] já se encontra, potencialmente, no invólucro do texto normativo”* (in *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, 2009).

12. Assim, se reconheçêssemos ao intérprete liberdade absoluta, passaríamos da seara da interpretação para a legislação e transformariamos o poder do intérprete em um poder sem limites, negando o próprio Direito. Para Inocêncio Mártires Coelho: *“a idéia de se estabelecerem parâmetros objetivos para controlar e racionalizar a interpretação deriva imediatamente do princípio da segurança jurídica, que estaria de todo comprometida se os aplicadores do direito (...) pudessem atribuir-lhes qualquer significado, à revelia dos cânones hermenêuticos”* (in *Interpretação Constitucional*, 2003).

13. Dessa forma, se é verdade que um texto pode ter mais de um significado, também é verdade que não pode ter infinitos. Sobre esse aspecto da hermenêutica, Inocêncio Mártires Coelho noticia que *“Umberto Eco rejeita a idéia de que todas as interpretações sejam igualmente válidas, pois algumas delas se mostram indubitavelmente erradas ou clamorosamente inaceitáveis”* (in ob. cit.).

14. Posto isso, não vejo como o método de interpretação sistemático das normas jurídicas e os princípios de interpretação constitucional da unidade da Constituição e da concordância prática, todos invocados pelo Relator do feito para sustentar a tese de que o teto remuneratório deve incidir isoladamente sobre cada um dos vínculos também nas hipóteses de percepção cumulativa de proventos ou de proventos com vencimentos, possam ser aplicados de forma a retirar ou negar a total eficácia do parágrafo 11 do artigo 40 da Constituição Federal, transformando-o em letra morta.

15. Nesse sentido, vale rememorar o que dispõem o §11 do art. 40 da CF/1988 e o art. 11 da Emenda Constitucional nº 20/1988:

Constituição Federal

“Art. 40. (...)

§ 11. Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo

acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo.” (grifou-se)

Emenda Constitucional nº 20/1998

“Art. 11 - A vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo.” (grifou-se)

16. Relembro também, nesse ponto, a lição de Lênio Luiz Streck, no sentido de que:

“(...) a jurisdição constitucional não pode se sobrepor à legislação democraticamente votada e que não seja incompatível com a Constituição. Portanto, se a jurisdição ‘construir’ novos textos, não estará fazendo interpretação e tampouco mutação, mas, sim, substituindo-se ao poder constituinte. Logo, a demo-ocracia se transformará em jurisdicio-ocracia.

(...)

(...) por outro lado também não se pode ‘descolar’ texto e norma (a não ser no caso de inconstitucionalidade, é claro). ‘Descolar’ texto e norma significa pagar pedágio ao mais simples pragmati(ci)smo. É se render a uma espécie de neossofismo ou neonominalismo. Ativismos e decisionismos dependem, exatamente, do-descolamento-da-norma-do-seu-texto (qualquer dúvida, sugiro a leitura das seis hipóteses pelas quais um juiz pode deixar de aplicar um texto legal, em Jurisdição e Decisão Jurídica, RT, 2013). Texto e norma são diferentes. Mas não cindidos. E nem colados. (in Os limites da interpretação e a democracia, texto publicado na Revista Consultor Jurídico, em 25 de junho de 2016 – grifou-se).

17. Diante do exposto, diversamente do Revisor, entendo que as regras de hermenêutica constitucional por ele invocadas não têm o condão de tornar ineficaz, por completo, uma norma constitucional, notadamente o § 11 do art. 40 da CF/1988. Outrossim, extraio do art. 71 da Constituição Federal que compete a esta Corte não só zelar pelo exato cumprimento da lei (inciso IX), mas também da Constituição Federal.

18. Uma segunda questão trazida pelo Revisor diz respeito ao julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal nos REs 602.043 e 612.975. Diversamente de Sua Excelência, não estou convencido de que a questão relativa à acumulação dos proventos tenha sido efetivamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

19. Observe-se que na parte dispositiva de seu voto, transcrita em sua totalidade pelo eminente Revisor, o Ministro Marco Aurélio, Relator de ambos os processos, negou provimento ao extraordinário, reconhecendo: *“1) a inconstitucionalidade da expressão ‘percebidos cumulativamente ou não’ contida no artigo 1º da Emenda Constitucional nº 41/2003, no que deu nova redação ao artigo 37, inciso XI, da Carta da República, considerada interpretação que englobe situações jurídicas a revelarem acumulação de cargos autorizada constitucionalmente; e 2) a inconstitucionalidade do artigo 9º da Emenda Constitucional nº 41/2003, afastando definitivamente o artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, porquanto surtiu efeitos na fase de transformação dos sistemas constitucionais – Cartas de 1967/1969 e 1988 –, excluída a abrangência a ponto de fulminar direito adquirido.” (grifou-se)*

20. Qual foi então o destino dado ao mencionado § 11 do art. 40 da Constituição Federal? Se a questão foi apreciada e decidida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, como afirma o Ministro Revisor, porque também não se declarou a inconstitucionalidade do referido dispositivo constitucional?

21. A ausência de declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo constitucional, por si só, a meu ver, gera dúvida quanto ao alcance da tese enunciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos referidos processos, sendo dever deste Tribunal, enquanto não declarada expressamente a sua inconstitucionalidade, zelar pelo seu cumprimento, como vem reiteradamente fazendo ao julgar os diversos atos de aposentadoria que vem sendo submetidos a julgamento.

22. Reafirmo também que os acórdãos sequer foram publicados e só poderão ser passíveis de recurso depois que tal fato ocorrer. Ou seja, o próprio julgamento ainda está sujeito a alteração, podendo, haver, inclusive, o reexame da matéria com o julgamento pela inconstitucionalidade ou não do multicitado § 11 do art. 40 da Constituição Federal. O fato é que até o momento isso não ocorreu, encontrando-se a referida norma em vigor, até que seja declarada inconstitucional.

23. Registro, ainda, que o voto proferido pelo Relator, por si só, não traduz o entendimento do Plenário sobre a matéria, a não ser quanto à parte dispositiva. Desse modo, a despeito de haver menção ao § 11 do art. 40 da CF/1988 no voto do Relator, o fato é que não houve a declaração de sua inconstitucionalidade na parte dispositiva, não havendo, de outro lado, na tese enunciada, qualquer referência a proventos de inatividade, senão vejamos:

“Nos casos autorizados, constitucionalmente, de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público.”

24. Ora, da mesma forma que o revisor entende ser despicienda a referência a proventos no enunciado da tese proferida pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que a tese *“igualmente não menciona expressamente qualquer restrição de que incidiria somente em remunerações ou em vínculos funcionais de servidores em atividade”*, o fato é que há norma constitucional dispondo em sentido absolutamente contrário ao que está enunciado, ao menos no que se refere a proventos de aposentadoria, e tal norma, repito, não foi declarada inconstitucional sequer pelo Relator do feito e muito menos pelo Plenário.

25. Nesse particular, observo que, revendo o julgamento da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do minuto 17 do terceiro dia de julgamento (áudio disponível no sítio da radio justiça), o Ministro Luís Roberto Barroso manifestou-se expressamente quanto à necessidade de se declarar a inconstitucionalidade do § 11 do art. 40 da CF/1988 diante da sua literalidade ao dispor sobre a matéria. O Ministro Gilmar Mendes intervém e afirma que a questão está sendo decidida a contento pelo Relator sem que seja necessário declarar a inconstitucionalidade, pois a matéria estaria sendo tratada em outros dispositivos constitucionais. O debate segue, o Ministro Lewandowski faz alusão a proventos, sem contudo, se manifestar sobre o referido dispositivo, e o voto tomado dos demais Ministros invocam fundamentos que não levam em consideração a natureza jurídica distinta que há entre proventos e vencimentos, além de não fazerem qualquer alusão ao § 11 do art. 40 da CF/1988. Ao final, a inconstitucionalidade da referida norma não foi acompanhada pelo Plenário, tendo sido aprovado, por maioria, o voto do Relator, cuja parte dispositiva já fiz referência no presente voto.

26. Entendo, assim, que ainda não há razão para que esta Corte modifique o seu entendimento acerca da matéria, até porque esta questão vem sendo decidida no âmbito deste Tribunal sob enfoque diverso do que foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal nos referidos recursos com repercussão geral, sendo de bom alvitre relembrar da questão relativa aos planos econômicos, em relação à qual o Supremo Tribunal Federal, inicialmente, afirmou que as decisões desta Contas que determinavam a

exclusão da referida parcela ao apreciar atos de pessoal para fins de registro ofendiam a coisa julgada e, posteriormente, modificou o seu entendimento, à luz de diversos julgados oriundos deste Tribunal, que continuou mantendo a sua posição sobre a matéria.

27. Reitero, por fim, que os fundamentos adotados pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal - o teto remuneratório não poderia violar o princípio da isonomia (exercício de cargos de atribuições iguais com vencimentos distintos), da dignidade do valor do trabalho e, sobretudo, o da vedação do trabalho gratuito - não se aplicam na hipótese de acumulação de proventos ou de proventos com vencimentos, uma vez que na aposentadoria não há mais trabalho sendo prestado.

28. Conforme frisei no julgamento do TC-030.632/2007-5, os institutos de vencimentos e proventos são distintos. O primeiro tem caráter retributivo, circunstância que atrai inúmeras salvaguardas para o servidor, chegando mesmo a suscitar – como visto – fundados questionamentos quanto à real possibilidade de sua redução em face, tão só, da acumulação com outro cargo público. O segundo, por outro lado, tem natureza previdenciária, ou seja, seu objetivo precípua é assegurar padrões mínimos de sustento do ex-servidor e de seus dependentes na velhice, na doença ou na sua falta, conforme previsto no respectivo regime previdenciário, o que amplia a margem de atuação do legislador na definição das condições e valores de cobertura, os quais, necessariamente, poderão não serão idênticos à remuneração percebida pelo servidor na atividade.

29. De outro lado, o próprio Supremo Tribunal Federal, em várias ocasiões, decidiu não haver correlação lógica e necessária entre contribuição previdenciária e concessão do benefício respectivo, ao admitir, por exemplo, a cobrança da contribuição previdenciária dos servidores inativos, além da proibição da desaposentação, tudo em homenagem ao caráter solidário do regime de previdência instituído nos arts. 40 e 201, ambos da CF/1988.

30. É certo que os proventos não constituem mera liberalidade ou favor do Estado, sendo, antes, direito conquistado pelo trabalhador mediante contribuições regulares feitas ao longo de vários anos. No entanto, como antes se aludiu, os regimes públicos de previdência têm, por definição, caráter solidário, o que justifica, e mesmo pressupõe, o estabelecimento de condicionantes e limitadores para a concessão dos benefícios. Hoje, os principais limitadores fixados na Constituição – ambos pela EC 20/1998 – são a remuneração, na atividade, do respectivo cargo efetivo (art. 40, § 2º) e, na hipótese de acumulação com quaisquer outros rendimentos pagos pelos cofres públicos, o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal (art. 40, § 11).

31. Como se vê, esta Corte de Contas, ao decidir a matéria no Acórdão nº 1.994/2015-Plenário, levou em consideração até mesmo a natureza jurídica diversa dos proventos e dos vencimentos, o que não foi feito pelo Supremo Tribunal Federal, que efetuou o julgamento em conjunto de processos tratando de situações fáticas distintas, adotando como razões de decidir fundamentos aplicáveis a somente uma das situações fáticas postas em julgamento, e adotando, ao final, tese que dá margem a múltiplas interpretações.

Ante o exposto, diante da ausência de declaração de inconstitucionalidade do § 11 do art. 40 da CF/1988 e tendo em conta ainda os fundamentos adotados no julgamento dos nos REs 602.043 e 612.975, REITERO o voto anteriormente proferido e mantenho o acórdão submetido à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 6 de Setembro de 2017.

BENJAMIN ZYMLER
Relator

VOTO COMPLEMENTAR

Na sessão de 6 de setembro de 2017, proferi voto complementar no presente processo, reafirmando a tese de que o teto remuneratório deveria incidir sobre o somatório dos rendimentos e não de forma individualizada quando se tratar de acumulação lícita de remuneração com proventos ou de proventos com proventos, incidindo de forma individualizada em relação a cada um dos vínculos somente nos casos em que o servidor estiver em atividade.

2. Naquela ocasião, louvando os judiciosos fundamentos apresentados pelo revisor Ministro Marcos Bemquerer Costa, divergi de Sua Excelência, por força do disposto no § 11 do art. 40 da CF/1988 e por não estar convencido de que a acumulação de proventos ou de proventos com vencimentos tenha sido efetivamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal nos REs 602.043 e 612.975, ao menos sob o enfoque que esta Corte de Contas vem dando à matéria.

3. De lá para cá, houve a publicação dos acórdãos proferidos nos referidos processos julgados em repercussão geral, possibilitando a ampla análise do que restou decidido pela Suprema Corte e, assim, uma nova reflexão da matéria por parte deste Plenário à luz dos fundamentos lá expendidos.

4. Procedi à leitura do inteiro teor dos acórdãos proferidos nos REs 602.043 e 612.975 e continuo não convencido de que a questão relativa à aplicação do teto envolvendo a percepção de proventos tenha sido efetivamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal, ao menos sob o enfoque que esta Corte de Contas vem dando à matéria.

5. Nada obstante isso, não há como negar que o Plenário da Suprema Corte, por ampla maioria, efetivamente decidiu pela aplicação do teto remuneratório de forma isolada na hipótese de acumulação legítima de vencimentos com proventos.

6. O julgamento proferido em ambos os processos ainda não é definitivo, uma vez que foram opostos embargos declaratórios pelas fazendas estaduais prejudicadas, podendo haver, até mesmo, a alteração da orientação firmada pela Suprema Corte nas referidas deliberações, o que ensejaria a alteração das respostas a serem dadas à presente consulta. Contudo, não há prazo para que os embargos declaratórios opostos sejam apreciados.

7. Nesse sentido, com vistas a conferir maior racionalidade ao sistema jurídico e tendo em vista, ainda, o princípio da segurança jurídica, não vejo como este Tribunal possa deixar de cumprir a orientação do Supremo Tribunal Federal em questão relacionada à interpretação de normas constitucionais.

Ante o exposto, ACOMPANHO a proposta de voto do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 14 de março de 2018.

BENJAMIN ZYMLER
Relator