

Voto do Relator 06175/2017-8

Processo: 06755/2015-6

Classificação: Consulta

Criação: 25/10/2017 14:30

Origem: GAC - Carlos Ranna - Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Assunto: Consulta

Interessado: Theodorico de Assis Ferraço

Exercício: 2015

Jurisdicionado: Assembleia Legislativa do Espírito Santo

CONSULTA – REMUNERAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS – LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA DO SUBTETO DE 90,25% DA REMUNERAÇÃO DOS MINISTROS STF PARA FIXAÇÃO DOS SUBSÍDIOS DE MEMBROS DO JUDICIÁRIO, DO TRIBUNAL DE CONTAS, DO MINISTÉRIO PÚBLICO, DA PROCURADORIA DO ESTADO E DA DEFENSORIA PÚBLICA – REMUNERAÇÃO TOTAL LIMITADA AO MESMO SUBTETO PARA TODOS OS AGENTES PÚBLICOS – EXCEÇÃO – ENTENDIMENTO DO STF PARA MEMBROS DO JUDICIÁRIO E DO TRIBUNAL DE CONTAS CUJO LIMITE É O TETO DA REMUNERAÇÃO DOS MINISTROS DO STF – ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E REMUNERAÇÃO – POSSIBILIDADE CONDICIONADA – OBSERVÂNCIA DAS EXCEÇÕES PREVISTAS NO § 10 DO ART. 37 DA CFB/88 – LIMITE PARA CADA UM DOS VÍNCULOS EM SEPARADO

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

1 RELATÓRIO

Este processo trata de consulta formulada pelo Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, **THEODORICO DE ASSIS FERRAÇO**, requerendo resposta para as seguintes indagações:

- a) Se o limite estabelecido no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal para fixação dos subsídios dos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado, limitado em noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, constitui limite para a fixação dos subsídios dos membros do Tribunal de Contas, do Ministério Público, dos Procuradores e Defensores Públicos?
- b) Se os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal constitui limite para o pagamento de parcelas relativas ao exercício de cargos comissionados, de função gratificada e outras correlatadas, que superem o limite do item anterior para os integrantes das carreiras nele mencionadas?
- c) Se o teto aplicável a essas carreiras, na forma da resposta dos itens anteriores, deve ser aplicado nos casos de acumulação lícita de proventos de aposentadoria com a remuneração devida pelo exercício de cargos acumuláveis, de cargos eletivos ou de cargos de comissão, ressalvados no § 10, do art. 37, da Constituição Federal?
- d) Para a aplicação do teto remuneratório nos casos mencionados no item anterior devem ser considerados os valores de cada vínculo individualmente, aplicando-se neste caso um teto sobre cada um deles, ou cumulativamente, aplicando-se neste caso o maior teto sobre a soma dos valores de ambos os vínculos?
- e) No mesmo sentido do item anterior, para aplicação do teto remuneratório, quais as parcelas que não podem exceder o seu valor, embora não se somem entre si e nem com a remuneração do mês em que der o pagamento, a exemplo daquelas correspondentes ao décimo terceiro salário, do terço constitucional de férias e da gratificação por encargo de professor?
- f) Em todas as hipóteses acima referidas, quais são os casos que podem ultrapassar o teto remuneratório dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, notadamente, as parcelas de caráter indenizatório previstas na legislação estadual, tendo em vista o disposto no § 11, do art. 37, da Constituição Federal?

Por despacho às fl. 16, este Conselheiro Relator conheceu da Consulta pelo cumprimento dos requisitos de admissibilidade.

Na forma regimental, Núcleo de Jurisprudência e Súmula (NJS) por meio do Estudo Técnico de Jurisprudência ETJURISP n.º 10/2015, fls. 18/20, informou acerca da inexistência, neste Tribunal de Contas, de deliberação que atenda inteiramente ao

questionamento formulado na presente Consulta, encaminhando-se em seguida os autos à 8ª Secretaria de Controle Externo, que se manifestou por meio da OT-C 40/2015, fls. 22/35.

Ministério Público de Contas por meio de Parecer n. 2445/2017-8 (fl. 52/73) se manifesta preliminarmente pela rejeição ao pedido de desistência desta Consulta e no mérito, de acordo com a área técnica quanto aos itens “a”, “d”, “e” e “f”; e dissentindo no tocante aos itens “b” e “c”, nos termos dos fundamentos daquele parecer.

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

A complexidade e divergência de entendimentos acerca das questões objeto da presente consulta impõem uma análise cuidadosa dos argumentos, jurisprudência e doutrina, assim como precisão de foco nos temas questionados.

2.1. Primeiro questionamento

- a) Se o limite estabelecido no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal para fixação dos subsídios dos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado, limitado em noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, constitui limite para a fixação dos subsídios dos membros do Tribunal de Contas, do Ministério Público, dos Procuradores e Defensores Públicos?

A Orientação Técnica de Consulta OTC 40/2015 propõe que se responda ao questionamento de acordo com o Acórdão 293/2012 – estudo de caso especial - deste Tribunal de Contas, de onde se transcreve:

É importante ressaltar que o limite de 90,25% do subsídio dos ministros do STF é aplicável apenas aos membros do Ministério Público Estadual (promotores de justiça e procuradores), aos Procuradores e aos Defensores Públicos estaduais. Isso quer dizer, por outro lado, que o quadro administrativo de tais órgãos está vinculado ao teto remuneratório do Poder Executivo, a saber, ao subsídio do Governador.

Quanto aos Desembargadores, tal limite foi objeto de questionamento perante o STF. Em medida cautelar na **ADI n. 3854/DF**, o Tribunal Pleno, considerando que o Poder Judiciário é uno, tem uma estrutura de caráter nacional, os seus magistrados estão sujeitos ao mesmo diploma legal (Lei Complementar nº 35/79) e exercem as mesmas funções, entendeu que dar tratamento diferenciado aos magistrados federais e estaduais viola o princípio da isonomia. Assim, o subteto de 90,25% do subsídio do ministro do STF continua servindo como limite para o subsídio do Desembargador, mas a sua remuneração total está sujeita ao teto geral.

O mesmo entendimento deve ser aplicado aos Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado, em virtude do previsto no art. 74, § 3º, da Constituição Estadual, transcrito abaixo:

Art. 74. [...]

§ 3º - Os Conselheiros terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos e subsídios dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado, e somente poderão aposentar-se quando tiverem exercido o cargo, efetivamente, por mais de cinco anos. [grifo nosso]

Conclui-se então que o subteto de 90,25% do subsídio do ministro do STF é o limite aplicável para a fixação dos subsídios dos membros do Ministério Público (promotores de justiça e procuradores de justiça), dos Procuradores do Estado e dos Defensores Públicos.

Já quanto aos membros dos Tribunais de Contas, **o referido subteto deve ser aplicado apenas para a fixação do respectivo subsídio**, mas sua remuneração total, assim como a dos desembargadores e magistrados federais, fica sujeita ao teto geral (subsídio de Ministro do STF), como decidiu o STF em liminar deferida da ADI 3854/DF, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), sobre o subteto para a magistratura estadual.

Conforme o voto do relator, ministro Cezar Peluso, a decisão deu interpretação conforme ao inciso XI e ao parágrafo 12, ambos do artigo 37 da Constituição Federal, para excluir a submissão dos membros da magistratura estadual ao subteto de remuneração, sem, contudo, extinguir os subtetos, mas apenas estendendo o mesmo teto de remuneração (a soma do valor dos subsídios mais alguma vantagem funcional

reconhecida pela ordem constitucional) das "justiças" federais à magistratura estadual.

Em outras palavras, quando houver direito de crescer alguma vantagem legal ao subsídio dos magistrados estaduais e membros do Tribunal de Contas fixados com base no subteto, esse total não poderá ultrapassar o valor do subsídio dos membros do STF, cujo valor é também, nesse sentido, teto de remuneração.

No mesmo sentido, a LEI No 13.093, DE 12 DE JANEIRO DE 2015 que institui a gratificação por exercício cumulativo de jurisdição aos membros da Justiça Federal e dá outras providências; LEI No 13.094, DE 12 DE JANEIRO DE 2015 Institui a Gratificação por Exercício Cumulativo de Jurisdição devida aos membros da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios; LEI No 13.095, DE 12 DE JANEIRO DE 2015 Institui a Gratificação por Exercício Cumulativo de Jurisdição devida aos membros da Justiça do Trabalho e dá outras providências; as disposições previstas nas leis federais¹ são taxativas na definição do limite.

2.2. Segundo questionamento

- a) Se os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal constituem limite para o pagamento de parcelas relativas ao exercício de cargos comissionados, de função gratificada e outras correlatas, que superem o limite do item anterior para os integrantes das carreiras nele mencionadas.

A Orientação Técnica de Consulta OTC 40/2015 se reporta ao já mencionado Acórdão TC 293/2012, mas para propor sua revisão.

Isto porque embora os subsídios dos magistrados estaduais e membros do Tribunal de Contas estejam limitados ao teto geral, os dos membros do Ministério Público, Procuradores do Estado e Defensores Públicos, acrescidos de parcelas relativas a

¹As três leis federais têm o mesmo teor nos respectivos artigos 4º, parágrafos únicos:

Art. 4º O valor da gratificação corresponderá a 1/3 (um terço) do subsídio do magistrado designado à substituição para cada 30 (trinta) dias de exercício de designação cumulativa e será pago pro rata tempore.

Parágrafo único. A gratificação terá natureza remuneratória, não podendo o seu acréscimo ao subsídio mensal do magistrado implicar valor superior ao subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

exercício de cargos comissionados, função gratificada ou outras correlatas, **permanecem limitados ao subteto de 90,25% do subsídio dos Ministros do STF.**

Conforme entendimento exposto na orientação técnica, em relação às verbas referentes ao exercício de funções de **direção e chefia**, que constituem um bônus àqueles que assumem funções de representação da instituição, com maior responsabilidade e dedicação, seria um desestímulo àqueles que assumem tais funções, não receber uma retribuição pelo ônus que terão, por conta do teto remuneratório.

Sustenta exemplificando, que a Resolução n. 13 do Conselho Nacional de Justiça admitiu a percepção de verbas relativas ao exercício de Presidência de Tribunal (art. 5º, II, a) e de Direção de Foro (art. 5º, II, b) acima do subsídio, logo, não sujeitas ao teto remuneratório.

A orientação técnica é no sentido de que as verbas relativas ao exercício de funções de chefia não devem se sujeitar ao teto remuneratório constitucional, excetuando-se apenas as funções de assessoramento.

O Ministério Público de Contas, em seu parecer, sustenta que a Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XI, não excepcionou da observância do teto **nenhuma verba remuneratória** cuja fonte pagadora seja um ente público, de modo que todas as verbas remuneratórias percebidas – relativas ao exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento, e funções gratificadas - devem observar o limite do teto constitucional, sob pena de afronta à Constituição, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas, bem como a imputação de débito a quem lhe der causa. E acrescenta, *in verbis*:

A percepção de qualquer valor, ainda que cumulado com cargo de direção, chefia ou assessoramento, ou função gratificada, que ultrapasse o teto remuneratório deve, portanto, de forma incontinenti, sofrer o conseqüente abatimento (abate teto), com vistas ao reenquadramento da

remuneração nas balizas constitucionais estabelecidas, aliás, nos mesmos moldes preconizados por reiterados e pacíficos precedentes do Supremo Tribunal Federal:

“A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que, após a EC 41/2003, as vantagens pessoais, de qualquer espécie, devem ser incluídas no redutor do teto remuneratório, previsto no inciso XI do art. 37 da CR.” (RE 464.876-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 16-12-2008, Primeira Turma, DJE de 20-2-2009.) No mesmo sentido: RE 471.070-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 31-3-2009, Segunda Turma, DJE de 24-4-2009. Vide: AI 339.636-AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 16-10-2001, Primeira Turma, DJ de 14-12-2001.

No item anterior (primeiro questionamento) observou-se que a jurisprudência passou a admitir exceções ao teto constitucional, como no caso dos magistrados estaduais, limitados no texto constitucional a 90,25% dos subsídios dos membros do STF e equiparados, na ADI 3854/DF aos magistrados federais, ou seja, sujeitos ao teto dos membros do STF.

A consulta neste item visa que se esclareça se magistrados e membros do Tribunal de Contas, membros do Ministério Público e Procuradores do Estado e Defensores Públicos, quando exercem cargos comissionados ou funções de direção e chefia, têm o somatório de sua remuneração limitado ao teto constitucional (que no caso dos magistrados estaduais e membros do Tribunal de Contas) é o subsídio do membro do STF.

Dirijo da Orientação Técnica, uma vez que não se pode admitir a inexistência de limites. Isso contraria o espírito da norma constitucional, que estabelece a limitação.

Entendo, por outro lado, que na resposta ao item anterior encontra-se também a solução deste questionamento, ou seja, **no caso dos magistrados estaduais e membros do Tribunal de Contas cujo subsídio é fixado pelo subteto, a**

percepção cumulativa de função de chefia e direção fica limitada ao teto, que é o subsídio do Ministro do Supremo Tribunal Federal.

No caso dos demais agentes mencionados, não há exceção que permita que seja ultrapassado o subteto de 90,25% do subsídio do Ministro do STF.

Assim, acompanho e entendimento contido no Parecer 2445/2017 do Ministério Público no sentido de que em relação aos membros do Ministério Público e Procuradores do Estado e Defensores Públicos, quando exercem cargos comissionados ou funções de direção e chefia, têm o somatório de sua remuneração limitado ao subteto constitucional de 90,25% do subsídio do Ministro do STF.

2.3. Terceiro questionamento

O **terceiro questionamento** diz respeito à utilização do teto mencionado nas perguntas anteriores para as hipóteses de acumulação lícita de proventos de aposentadoria com a remuneração devida pelo exercício de cargos acumuláveis, de cargos eletivos ou de cargos em comissão, ressalvados no § 10, do art. 37, da Constituição Federal.

A OTC 40/2015 se reporta ao Acórdão TC n. 293/2012, opina baseando-se no Acórdão 293 deste Tribunal de Contas, como se transcreve:

Assim, da análise do referido acórdão é possível concluir que, nas hipóteses de acumulação lícita previstas no art. 37, § 10, da Constituição Federal, deverá ser considerado o limite de 90,25% do subsídio de Ministro do STF para os proventos de aposentadoria dos cargos de membro do Ministério Público, Procuradores e Defensores Públicos e individualizadamente o teto específico da remuneração de outro cargo efetivo (professor), de cargo comissionado ou do subsídio de mandato eletivo.

Nesse caminho, à guisa de exemplo, estando o indivíduo aposentado como membro do Ministério Público estadual e exercendo o mandato eletivo de Deputado Estadual, irá ter como teto remuneratório do primeiro o limite de 90,25% do subsídio do Ministro do STF. Para o segundo, o subteto de 75% do subsídio do Deputado Federal. Na soma dos dois, não poderá ultrapassar o teto geral.

Contudo, tal posicionamento carece de revisão, por conta do surgimento de entendimento divergente nas cortes superiores. O Superior Tribunal de Justiça – STJ tem decidido que, na hipótese de acumulação lícita, por interpretação lógico-sistemática, o teto deve incidir **sobre cada remuneração isoladamente e não sobre a soma delas:**

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS. CARGO TÉCNICO E PROFESSOR. TETO REMUNERATÓRIO. RECURSO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA.

- A acumulação de proventos de servidor aposentado em decorrência do exercício cumulado de dois cargos, de técnico e de professor, não se submete ao teto constitucional, devendo os cargos serem considerados isoladamente para esse fim.[grifo nosso]

Recurso ordinário provido para conceder a ordem².

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO. **CUMULAÇÃO DE CARGOS PERMITIDA CONSTITUCIONALMENTE. MÉDICO. ART. 17, § 2º, DO ADCT. TETO REMUNERATÓRIO. INAPLICABILIDADE**

1. Cuida-se, originariamente, de Mandado de Segurança impetrado por Márcia Silva com objetivo de assegurar o pagamento integral da remuneração a que tem direito, relativamente a cada um dos vínculos que mantém com a Administração (dois cargos de médico exercidos na Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo).

² STJ, RMS 33.170/DF, Relator para Acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, 15/05/2012.

2. A partir da vigência da Emenda Constitucional 41/2003, todos os vencimentos percebidos por servidores públicos, inclusive os proventos e pensões, estão sujeitos aos limites estatuídos no art. 37, XI, da Constituição.

3. Por outro lado, a EC 41/2003 restabeleceu a vigência do art. 17 do ADCT que, embora em seu o caput afaste a invocação do direito adquirido ao recebimento de verbas remuneratórias contrárias à Constituição, os respectivos §§ 1º e 2º trazem exceção ao assegurar expressamente o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde.

4. Assim, a acumulação de proventos de servidor aposentado em decorrência do exercício cumulado de dois cargos de médico, legalmente exercidos, nos termos autorizados pela Constituição, não se submete ao teto constitucional, devendo os cargos ser considerados isoladamente para esse fim. [grifo nosso]

5. Recurso Ordinário provido³.

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - SERVIDOR APOSENTADO E BENEFICIÁRIO DE PENSÃO POR MORTE - **TETO CONSTITUCIONAL – INCIDÊNCIA ISOLADA SOBRE CADA UMA DAS VERBAS - INTERPRETAÇÃO LÓGICO SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO** - CARÁTER CONTRIBUTIVO DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO DO SERVIDOR PÚBLICO - SEGURANÇA JURÍDICA - VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA - PRINCÍPIO DA IGUALDADE - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA PROVIDO.

1. Sendo legítima a acumulação de proventos de aposentadoria de servidor público com pensão por morte de cônjuge finado e também servidor público, o teto constitucional deve incidir isoladamente sobre cada uma destas verbas. [grifo nosso]

2. Inteligência lógico-sistemática da Constituição Federal.

³ STJ, RMS 38.682/ES, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, 18/10/2012.

3. Incidência dos princípios da segurança jurídica, da vedação do enriquecimento sem causa e da igualdade.

4. Recurso ordinário em mandado de segurança provido⁴.

No voto referente ao RMS 33.170/DF, o Relator Ministro Cesar Asfor Rocha fundamenta a questão da seguinte maneira:

É incongruente que a norma constitucional assegure o direito ao exercício cumulativo de dois cargos efetivos - não restringindo essa prerrogativa nem àqueles que já recebem o teto - e, ao mesmo tempo, impeça o pagamento dos respectivos rendimentos, isto é, conferindo um direito despido de eficácia.

Caso se conclua pela incidência do teto constitucional nesses casos, estar-se-á permitindo o exercício gratuito da atividade pública profissional, o que é vedado, sob pena de autorizar-se o enriquecimento ilícito da administração. Ademais, a própria Lei 8.112/90 (art. 4º), norma geral aplicável aos servidores públicos, proíbe a prestação de serviços gratuitos.

Ora, tal raciocínio é o mais adequado porque compatibiliza duas normas aparentemente antagônicas. Uma, que permite a acumulação remunerada de cargos públicos em certos casos (art. 37, XVI, da CF). Outra, que estabelece a necessidade de obediência ao teto remuneratório (art. 37, XI, da CF). Caso um dos cargos já estivesse no limite remuneratório previsto para si, uma norma impediria a concretização da outra. Ou seja, a Constituição concederia um direito com uma mão e o tiraria com a outra, o que soa incoerente.

Ademais, o entendimento anterior desestimula a acumulação de cargos por uma pessoa, na medida em que poderia não receber a contraprestação devida por um deles. Seria, de fato, um enriquecimento ilícito do Estado, o que não se admite.

Mais absurdo, ainda, é pensar que, caso houvesse desistência de um dos cargos por aquele que os acumulava, mais cedo ou mais tarde outra pessoa

⁴ STJ, RMS 30.880/CE, Rel. Min. Moura Ribeiro, Quinta Turma, 20/05/2014.

o exerceria, recebendo remuneração integral, caso fosse um vínculo único, por exemplo. Ou seja, ter-se-ia uma incongruência: se um sujeito exercer dois cargos públicos, terá que observar a soma deles para fins de teto; se, por outro lado, fossem dois sujeitos exercendo cada um dos cargos, seria observado o teto individualmente para cada um deles.

Carece de lógica, então, o entendimento de que, em caso de acumulação legal de cargos públicos, seja considerada a soma das remunerações deles para fins de teto remuneratório. A interpretação literal do art. 37, XI, CF, no que tange à utilização da expressão “percebidos cumulativamente ou não”, induz a uma incongruência frente a outras normas constitucionais, motivo pelo qual deve ser afastada.

Deve-se adotar, então, uma interpretação sistemática das normas constitucionais em questão, a fim de **autorizar a percepção das remunerações, subsídios ou proventos dos cargos em regime de acumulação legal, considerando o teto remuneratório apenas para cada um dos vínculos isoladamente.**

O Ministério Público de Contas em seu parecer acompanha parcialmente o entendimento da área técnica, abrindo uma divergência em relação a membros do Ministério Público, do Poder Judiciário, de Procuradores e Defensores Públicos, aposentados e exercendo cargos em comissão ou mandato eletivo que não seja o de vereador.

Entendo que a tese do Ministério neste ponto em que diverge da área técnica, criou na verdade uma restrição não existente no texto constitucional, que nos leva à regra de hermenêutica segundo a qual não cabe ao intérprete restringir onde a norma não restringe.

Está-se tratando aqui das hipóteses permitidas pela Constituição Federal de acumulação de proventos e remuneração de cargos públicos, estabelecidas no

parágrafo 10 do artigo 37⁵, que são: a) os cargos acumuláveis e b) os cargos eletivos e c) os cargos comissionados.

Note-se que a regra constitucional é no sentido da vedação e as hipóteses taxativamente estabelecidas são as exceções.

Assim, é possível a acumulação de proventos de aposentadoria de um cargo de juiz (por exemplo) e a remuneração de um cargo eletivo, seja ele qual for e não apenas o de vereador como sustenta o Ministério Público, porque não há essa restrição no texto constitucional. Nesse sentido, o voto do eminente Ministro Dias Toffoli do STF:

AG .REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 264.217 PIAUÍ RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI AGTE.(S) : ESTADO DO PIAUÍ PROC.(A / S)(ES) : PROCURADOR -GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ AGDO.(A / S) : SÔNIA MARIA TEIXEIRA SOARES ADV.(A / S) : NELSON NERY COSTA E OUTRO (A / S)
EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Acumulação de proventos de aposentadoria com vencimento decorrente do exercício de mandato eletivo. Possibilidade. 1. A eleição de servidor público aposentado para o exercício de cargo público permite-lhe o recebimento dos proventos do cargo eletivo cumulativamente com aqueles decorrentes de sua aposentadoria . 2. Irrelevante se mostra, para tal conclusão, que esse reingresso do aposentado no serviço público não tenha ocorrido por meio de concurso, já que inexistente norma constitucional impondo a vedação dessa cumulação de proventos. 3. Agravo regimental não provido.

Do voto do Ministro Dias Toffoli, se destaca:

⁵ § 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

A cumulação, em hipótese de eleição para o exercício de cargo público, de servidor aposentado, restou expressamente prevista como possível na Constituição Federal de 1988, até como forma de prestígio a essa forma de reingresso, que se deve à soberania da vontade popular, expressa por intermédio de eleições. Ademais, tal retorno ao serviço público, assim formalizado, faz com que o servidor exerça funções em nada assemelhadas àquelas que dantes exercia, pois estará no desempenho de um mandato político, obtido nas urnas, fato que está igualmente a legitimar o recebimento dos proventos correspondentes, cumulativamente com os de servidor aposentado, cuja natureza – ressalte-se – é bastante diversa.

Sendo então pacífica a possibilidade de acumulação de proventos de aposentadoria com remuneração da atividade, nas hipóteses estabelecidas e limitadas no art. 37, § 10, resta apenas tratar da questão do teto remuneratório.

A OTC 40/2015 entende que deve ser aplicado o mesmo raciocínio que norteou os julgados do STJ mencionados naquela instrução técnica, ou seja, **se a norma constitucional assegurou o direito à percepção cumulativa de proventos de aposentadoria com a remuneração de outro cargo acumulável, um cargo eletivo ou um cargo comissionado e não restringiu essa prerrogativa àqueles que já recebem o teto, não seria lógico que impedisse o pagamento dos respectivos rendimentos, isto é, conferindo um direito despido de eficácia.**

Ainda que a jurisprudência seja mais farta em relação à percepção de proventos de dois cargos acumuláveis na atividade, deve-se destacar que esta é uma das possibilidades em que a Constituição permitiu a acumulação de proventos da inatividade com remuneração da atividade. Têm-se ainda as outras duas hipóteses já mencionadas, quais sejam, remuneração de cargo eletivo e remuneração de cargo comissionado.

Conforme bem destacou o Ministro Cesar Asfor Rocha, no voto referente ao RMS 33.170/DF, transcrito na OTC 40/2015 e aqui repetido:

Caso se conclua pela incidência do teto constitucional nesses casos, estar-se-á permitindo o exercício gratuito da atividade pública profissional, o que é vedado, sob pena de autorizar-se o enriquecimento ilícito da administração. Ademais, a própria Lei 8.112/90 (art. 4º), norma geral aplicável aos servidores públicos, proíbe a prestação de serviços gratuitos.

Ora, tal raciocínio é o mais adequado porque compatibiliza duas normas aparentemente antagônicas. Uma, que permite a acumulação remunerada de cargos públicos em certos casos (art. 37, XVI, da CF). Outra, que estabelece a necessidade de obediência ao teto remuneratório (art. 37, XI, da CF). Caso um dos cargos já estivesse no limite remuneratório previsto para si, uma norma impediria a concretização da outra. Ou seja, a Constituição concederia um direito com uma mão e o tiraria com a outra, o que soa incoerente.

Ademais, o entendimento anterior desestimula a acumulação de cargos por uma pessoa, na medida em que poderia não receber a contraprestação devida por um deles. Seria, de fato, um enriquecimento ilícito do Estado, o que não se admite.

Cabe destacar que há decisão recente do Supremo Tribunal Federal sobre o tema da percepção cumulativa de proventos de cargos acumuláveis, no sentido de que o teto constitucional incide em cada cargo nos casos em que é permitida a acumulação, nos Recursos Extraordinários (REs 602043 e 612975) a que foi reconhecida repercussão geral.

O Plenário aprovou a seguinte tese para efeito de repercussão geral, sugerida pelo relator da matéria, ministro Marco Aurélio, que se torna a resposta a este item de consulta:

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”.

Acompanho, portanto a área técnica e deixo de acolher a divergência do Ministério Público **com base nas razões ora expostas e concluo no sentido de que nas hipóteses de acumulação lícita de proventos de aposentadoria com a remuneração devida pelo exercício de cargos acumuláveis, de cargos eletivos ou de cargos em comissão, ressalvados no § 10, do art. 37, da Constituição Federal, deve-se utilizar a limitação do teto para cada um dos vínculos separadamente, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público.**

2.4. Quarto questionamento

O **quarto questionamento** trazido à baila pelo consulente diz respeito à utilização do teto remuneratório nos casos mencionados no item anterior sobre cada vínculo individualmente ou cumulativamente sobre a soma de ambos, aplicando-se neste caso o maior teto.

Conforme consta da Orientação Técnica OTC 40/215, o questionamento foi respondido no item anterior, devendo ser considerado cada vínculo individualmente, com seu teto específico, desprezando-se o fato de a soma deles superar o limite previsto no art. 37, XI, da CF.

2.5. Quinto questionamento

O quinto questionamento pelo consulente diz respeito a quais parcelas não podem exceder o teto remuneratório, embora não se somem entre si e nem com a remuneração do mês em que se der o pagamento, a exemplo daquelas correspondentes ao décimo terceiro salário, do terço constitucional de férias e da gratificação por encargo de professor.

A OTC 40/2015 formula a seguinte proposta de resposta:

Com efeito, de acordo com art. 37, § 11, da CF, estão excluídas do teto remuneratório apenas as vantagens de **caráter indenizatório**. Tais vantagens representam a reparação de despesas extraordinárias ocorridas em razão do cargo e, por conta disso, não se submetem ao teto.

A doutrina, por sua vez, também exclui do teto as **vantagens mencionadas no art. 39, § 3º**, da CF:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
(Vide ADIN nº 2.135-4)

[...]

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Vale destacar que mesmo aqueles que recebem por subsídio se inserem no comando do referido dispositivo. Ou seja, se são ocupantes de cargo público, mesmo que o art. 39, § 4º, da CF, estabeleça que o subsídio será fixado em parcela única, forçoso é reconhecer que farão jus aos direitos sociais previstos no art. 39, § 3º, da Carta Magna, por interpretação sistemática. Assim, poderão receber, por exemplo, décimo terceiro salário, terço constitucional de férias, adicional por serviço extraordinário, etc.

Ora, tal raciocínio é o mais adequado porque compatibiliza duas normas aparentemente antagônicas. A regra constitucional que estabelece que o subsídio deve ser pago em parcela única (art. 39, § 4º, da CF) conflita com outra que assegura aos ocupantes de cargo público certos direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 39, § 3º), que incluem vantagens que devem ser agregadas ao valor básico do cargo.

Nesse sentido, a fim de harmonizá-las, e não invalidar uma em detrimento da outra, é forçoso reconhecer que o § 3º do art. 39 excepciona hipóteses a serem percebidas por quem é remunerado por subsídio. Trata-se de interpretação sistemática, por meio da qual uma norma terá o significado que seja coerente com o ordenamento no qual está inserida.

A inteligência utilizada para harmonizar tais normas é a mesma em relação ao teto remuneratório. Em princípio, quem recebe por subsídio e já se encontra no limite do teto remuneratório estaria impedido de receber as vantagens que o art. 39, § 3º, da CF, lhe assegurou.

Assim, para que a norma referente ao teto remuneratório não inviabilize aquela outra que assegura certos direitos sociais aos ocupantes de cargo público, é preciso reconhecer que tais constituem exceções ao teto. Assim entende Fernanda Marinela a respeito do tema:

A primeira exceção está para as verbas de natureza indenizatória que não devem ser incluídas nessa limitação de teto, considerando que visam à recomposição de uma despesa tida pelo servidor na prestação do serviço e de caráter transitório, como prevê o art. 37, § 11, da CF. **A mesma orientação deve ser aplicada para os direitos sociais previstos no art. 39, § 3º, da CF que, pela sua natureza especial, podem gerar remuneração superior ao teto, como por exemplo, o décimo terceiro salário, o terço constitucional de férias, o adiantamento de férias, o trabalho extraordinário, além de outros.** [grifo nosso]

No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho se posiciona favorável ao recebimento das verbas prescritas no art. 39, § 3º, da CF, mesmo que impliquem em superação do teto remuneratório:

Tem lavrado alguma discussão no que tange às parcelas que se submetem ao teto e aquelas outras que, somadas ao subsídio, podem gerar remuneração acima do teto. As vantagens de natureza indenizatória não são computadas para o limite remuneratório. **Há algumas parcelas, porém, que, por sua especial natureza, podem gerar remuneração superior ao teto. Como exemplos, o décimo terceiro salário, o terço constitucional de férias, o adiantamento de férias, o trabalho extraordinário de servidores,** o abono de permanência em serviço (art. 40, § 19, CF). Outras provêm de fontes ou rubricas

diversas (v.g. a remuneração pelo exercício do magistério, dentro ou fora do Poder Público, e benefícios oriundos de planos privados de previdência ou de assistência médico-social). Por último, algumas vantagens específicas também têm sido excluídas do limite constitucional. O CNJ e o CNMP já regularam a matéria em relação a magistrados e membros do Ministério Público⁶. [grifo nosso]

Em relação à gratificação por **exercício da função de professor**, há entendimento doutrinário de que tal é possível, mesmo que acima do teto. Isso decorre da ideia de que os ocupantes de cargos de alta qualificação, por receberem um padrão remuneratório que alcance o teto, já não teriam interesse pelo exercício da função de magistério, uma vez que nada receberiam por isso. Seria um prejuízo à coletividade se assim o fosse. É o que ensina Fernanda Marinela:

Hoje prevalece a orientação de que outras verbas remuneratórias que provêm de fontes ou rubricas diversas também estejam fora do teto. Nesse raciocínio entra o exercício do magistério e a regra se justifica não em benefício do servidor, mas **para o bem do ensino do país, porque os ocupantes de cargos de alta qualificação técnica que recebem os melhores salários do país não teriam interesse de ser professor se não pudessem receber por isso**. Importante grifar que, apesar de a prática nos revelar uma outra realidade, as hipóteses de acumulação de cargos não são para o benefício do servidor, mas da coletividade [...]⁷. [grifo nosso]

No âmbito do Poder Judiciário e do Ministério Público, o CNJ, por meio das Resoluções n. 13 e 14/2006, e o CNMP, por meio das Resoluções n. 9 e 10/2006, trataram do assunto, admitindo expressamente tal hipótese.

Assim, conforme se observou no item II.3 deste parecer, em tratando de acumulação legal de um cargo público com outro de professor, deverá ser considerado o limite remuneratório específico para cada um deles isoladamente, e não a soma das remunerações.

Ora, se assim o é para a acumulação de cargos, também será possível quando se tratar dos rendimentos do cargo juntamente com a gratificação por encargo de

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, p. 755.

⁷ *Ibidem*.

professor, pois quem pode o mais, pode o menos. Se é possível ultrapassar o teto por conta da acumulação de um cargo público com outro de professor, também o é por exercer um cargo público e receber uma gratificação por atuar como instrutor.

O Ministério Público se manifestou favoravelmente a este entendimento, que acolho, apenas ressaltando, quando ao último parágrafo, que não se deve estabelecer em consultas, que são respondidas em tese, situações casuísticas como a gratificação de instrutor, uma vez que casos concretos devem se amoldar às teses estabelecidas e não o contrário.

Assim, meu voto é no sentido de que a consulta seja respondida neste item de acordo com a OTC 40/2015, exceto quanto ao último parágrafo, que extrapola o objeto questionado e trata de situação concreta que não pode ser objeto de discussão em tese.

2.6. Sexto Questionamento

O sexto questionamento diz respeito aos casos em que é possível ultrapassar o teto remuneratório dos Ministros do STF, além das vantagens de caráter indenizatório, expressamente mencionadas no art. 37, § 11, da CF.

Conforme a OTC 40/2015 e fundamentação e exposta neste voto, o presente questionamento foi respondido nos itens anteriores, donde se concluiu que não serão computados no teto remuneratório as **os direitos sociais do art. 39, § 3º, da CF**, além das hipóteses de **acumulação lícita de remuneração, subsídio, proventos ou pensões**, em que serão considerados os tetos respectivos isoladamente.

Além desses, conforme a OTC 40/2015, a doutrina reconhece por interpretação sistemática, a possibilidade de recebimento do **abono de permanência**.

Ante o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, corroborando parcialmente o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas **VOTO**

no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Deliberação que submeto à sua consideração.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

PARECER CONSULTA

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, DELIBERAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em conhecer da presente Consulta, para que no mérito seja respondida parcialmente de acordo com a Instrução Técnica de Consulta 40/2015, de acordo com a fundamentação contida neste voto, nos seguintes termos:

a) Quanto ao **primeiro questionamento**, adotando-se os termos do Acórdão TC n. 293/2012, o subteto de 90,25% do subsídio do ministro do STF deve ser considerado para a fixação dos subsídios dos membros do Ministério Público (promotores de justiça e procuradores de justiça), dos Procuradores do Estado e dos Defensores Públicos. Quanto aos membros do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas (por força do art. 74, § 3º, da Constituição Estadual), o referido subteto deve ser aplicado para a fixação do respectivo subsídio, ficando a remuneração total sujeita ao teto geral (subsídio de Ministro do STF);

b) Quanto ao **segundo questionamento**, divergindo da Orientação Técnica 40/2015 e acompanhando o Ministério Público de Contas, não se pode admitir a inexistência de limites para a remuneração, o que contrariaria o espírito da norma constitucional, que estabelece a limitação.

Assim, no caso dos magistrados estaduais e membros do Tribunal de Contas cujo subsídio é fixado pelo subteto, a percepção cumulativa de função de chefia e direção fica limitada ao teto, que é o subsídio do Ministro do Supremo Tribunal Federal.

No caso dos demais agentes mencionados, ou seja, para os membros do Ministério Público (promotores de justiça e procuradores de justiça), dos Procuradores do Estado e dos Defensores Públicos, não há exceção que permita que na remuneração total seja ultrapassado o subteto de 90,25% do subsídio do Ministro do STF.

- c)** Nas hipóteses de acumulação lícita de proventos de aposentadoria com a remuneração devida pelo exercício de cargos acumuláveis, de cargos eletivos ou de cargos em comissão, ressalvados no § 10, do art. 37, da Constituição Federal, deve-se utilizar a limitação do teto para cada um dos vínculos separadamente, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público.

d) Em relação ao **quarto questionamento**, conforme consta da Orientação Técnica OTC 40/215, o questionamento foi respondido no item anterior, devendo ser considerado cada vínculo individualmente, com seu teto específico, desprezando-se o fato de a soma deles superar o limite previsto no art. 37, XI, da CF.

- e)** Quanto ao **quinto questionamento**, há parcelas cuja natureza especial podem gerar remuneração superior ao teto, como o décimo terceiro salário, o terço constitucional de férias, o adiantamento de férias, o trabalho extraordinário de servidores, o abono de permanência em serviço (art. 40, § 19, CF) e a remuneração pelo exercício do magistério.

- f)** Quanto ao **sexto questionamento**, deve-se admitir a percepção acima do teto remuneratório **dos direitos sociais do art. 39, § 3º, da CF**, além das hipóteses de **acumulação lícita de remuneração, subsídio, proventos ou pensões**, em que serão considerados os tetos respectivos isoladamente. Além desses, conforme a OTC 40/2015, a doutrina reconhece por interpretação sistemática, a possibilidade de recebimento do **abono de permanência**.

Cientificar o consultente.