



Parecer em Consulta 00028/2021-8 - Plenário

Processo: 00504/2020-3

Classificação: Consulta

UG: ALES - Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Consulente: ERICK CABRAL MUSSO

CONTROLE EXTERNO – CONSULTA – ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – CONHECIMENTO – PAGAMENTOS RETROATIVOS A SERVIDORES E A TERCEIROS RECONHECIDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA – NOS ENTES JURISDICIONADOS DESTA CORTE QUE NÃO TENHAM LEGISLADO SOBRE O TEMA (CORREÇÃO MONETÁRIA), EM ÂMBITO ESTADUAL, RECOMENDA-SE A ADOÇÃO DO VALOR DE REFERÊNCIA DO TESOIRO ESTADUAL - VRTE E, NO ÂMBITO MUNICIPAL, O INDEXADOR EQUIVALENTE QUE PROMOVA A CORREÇÃO MONETÁRIA DOS CRÉDITOS DE NATUREZA TRIBUTÁRIA DEVIDOS À FAZENDA PÚBLICA, DESDE QUE NÃO PRESCRITOS.

1. Os pagamentos retroativos a servidores e a terceiros quando reconhecidos por decisão administrativa, não estão sujeitos à incidência de juros de mora e quanto à correção monetária nos entes jurisdicionados desta Corte que não tenham legislado sobre o tema (correção monetária), recomenda-se que adotem o **Valor de Referência do Tesouro Estadual – VRTE, em âmbito estadual e no âmbito municipal, o indexador equivalente** que promova a correção monetária dos créditos de natureza tributária devidos à fazenda pública desde que não prescritos.
2. Todos os débitos administrativos, desde que não prescritos, a serem objeto de correção monetária **a partir da publicação deste parecer em consulta e do ato ratificador desta recomendação, adotado pelos chefes de executivos, de cada ente, mesmo que versem sobre direitos reconhecidos, podem ser corrigidos pelo indexador aqui sugerido (VRTE ou o que lhe faça as vezes no âmbito municipal).**
3. Na hipótese do item anterior, aos entes jurisdicionados que não adotarem a recomendação supra, devem igualmente publicar ato formal estabelecendo o indexador adotado.
4. Sugere-se aos entes que vierem a legislar sobre o tema para o futuro, que se abstenham de adotar a caderneta de poupança como indexador, já que o Supremo Tribunal Federal – STF, analisando a constitucionalidade de Lei Federal (*in casu*, o art. 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97) que a instituíra como parâmetro de correção monetária, propugnou pelo entendimento de que esta não garante a correção efetiva, na forma do **Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810 da Repercussão Geral).**
- 5. REVOGAR** o Parecer em Consulta 03/2014 e **MANTER** o item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001

VOTO DO RELATOR 3518/2020:**O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:****RELATÓRIO**

Trata-se de consulta formulada pelo Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, Sr. Erick Cabral Musso, acerca dos quesitos a seguir:

- a) Os pagamentos retroativos a servidores e terceiros, quando reconhecidos por decisão administrativa, estão sujeitos à incidência de correção monetária e de juros moratórios? Em caso afirmativo, quais os critérios (termo inicial, índices, percentuais) aplicáveis a tais pagamentos?
- b) No caso de servidores públicos, qual seria a base de cálculo para eventual incidência de juros de moratórios (*sic*) e atualização monetária, a remuneração vigente à época do fato gerador ou a data do efetivo pagamento (art. 70, § 2º, LC nº 46/94)?

Seguindo-se os trâmites regimentais, este Relator encaminhou os autos para Estudo Técnico de Jurisprudência, que identificou o Parecer em Consulta TC 29/2001, em que se responde parcialmente a esta consulta. De acordo com aquele parecer:

“ 3) Os débitos para com Servidores especificamente, poderão ser pagos corrigidos? Em caso afirmativo qual o índice a ser adotado? Cabe à legislação local, estatutária ou não, estipular a forma de pagamento das parcelas pecuniárias devidas pelo Município e porventura ainda não pagas. (...) Não existe qualquer obrigatoriedade em ser adotado este ou aquele índice de correção porventura atualmente utilizado por este ou aquela instituição, órgão ou entidade pública, residindo na autonomia municipal estipular a adoção, via autorização legislativa, de um destes índices de acompanhamento econômico existentes no mercado financeiro, especialmente quando decorrentes de atuação de universidades, fundações e autarquias, os quais são naturalmente idôneos e isentos de parcialidade. ”

Em seguida, foram encaminhados os autos ao Núcleo de Controle Externo e Consultas que, sugerindo a admissão e conhecimento da mesma, concluiu, em síntese, nos seguintes termos:

IV. RESPOSTAS AOS QUESITOS

A partir do arrazoado até aqui discutido, respondemos aos quesitos nos seguintes termos:

- a) Sim. O termo inicial para a correção monetária e os juros de mora será o do surgimento do crédito. O índice para a correção monetária será o IPCA-E, com o percentual nele previsto ao longo do tempo. O índice para os juros de mora será o da caderneta de poupança, com o percentual nela previsto ao longo do tempo.
- b) A base de cálculo será a remuneração vigente à época do surgimento do crédito (não do fato gerador, que pode ter ocorrido antes). Observe-se que a correção monetária deve ser feita antes que se proceda ao cálculo dos juros de mora, que sobre ela incidem.

V. CONCLUSÃO

Diante das razões fáticas e jurídicas expostas na presente instrução, opina-se por conhecer da presente consulta para:

1. Revogar o item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001;
2. Responder à consulta nos termos do item IV. RESPOSTAS AOS QUESITOS.

Após, manifestou-se o ministério Público Especial de Contas, por meio de seu representante Dr. Luís Henrique Anastácio da Silva, anuindo ao entendimento da unidade técnica, nos seguintes termos:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, pelo Procurador abaixo subscrito, no uso de suas atribuições institucionais, manifesta-se de acordo com a proposta contida na Instrução Técnica de Consulta 00008/2020-3, senão vejamos:

V. CONCLUSÃO

Diante das razões fáticas e jurídicas expostas na presente instrução, opina-se por conhecer da presente consulta para:

1. Revogar o item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001;
2. Responder à consulta nos termos do item IV. RESPOSTAS AOS QUESITOS.

Assim, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Acerca da admissibilidade da consulta, tem-se que o parágrafo 1º do artigo 122 da Lei Complementar nº 621/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo - LOTCEES), estabelece o rol de pressupostos a serem atendidos para a admissibilidade da consulta perante este Sodalício, senão vejamos:

Art. 122 [...]

§ 1º A consulta deverá conter as seguintes formalidades:

- I - ser subscrita por autoridade legitimada;
- II - referir-se à matéria de competência do Tribunal de Contas;
- III - conter indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada;
- IV - não se referir apenas a caso concreto;
- V - estar instruída com parecer do órgão de assistência técnica e/ou jurídica da autoridade consulente.

No tocante ao requisito constante do art. 122, § 1º, I, acima transcrito, verifica-se que a definição de autoridade competente encontra as suas balizas nos incisos I a VII, do *caput* do mesmo dispositivo, que assim dispõe:

Art. 122. O Plenário decidirá sobre consultas quanto às dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:

- I - Governador do Estado e Prefeitos Municipais;
- II - **Presidente da Assembleia Legislativa** e de Câmaras Municipais;
- III - Presidente do Tribunal de Justiça e Procurador Geral de Justiça;
- IV - Procurador Geral do Estado e Defensor Público Geral do Estado;
- V - Secretário de Estado;
- VI - Presidente das comissões permanentes da Assembleia Legislativa e das Câmaras Municipais;

VII - Diretor presidente de autarquia, fundação pública, empresa estatal e de sociedade de economia mista cujo controle societário pertença ao Estado ou aos Municípios (g.n).

O Consulente subscritor é o senhor Erick Cabral Musso, Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, fato que autoriza o ora consulente a figurar como proponente de consultas a este Tribunal, encontrando-se **atendido, portanto, o requisito de admissibilidade referente à legitimidade** evocado no inciso I do § 1º do art. 122 da LC 621/2012.

Quanto à matéria suscitada pelo Consulente, entende-se que há **pertinência com a atuação deste Tribunal** (artigo 122, § 1º, II), bem como a consulta contém a **indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada** (artigo 122, § 1º, III).

Ressalta-se, ainda, que foi atendido o que impõe o artigo 122, *caput*, da LOTCEES, pois foi indicado, na peça inicial, **o dispositivo sobre o qual paira a dúvida**, a saber, o artigo 70, § 2º, LC nº 46/94.

Verifica-se, outrossim, que a presente consulta atende o disposto no inciso IV, § 1º, do artigo 122, da LOTCEES, uma vez que **foi proposta sem fazer alusão a caso concreto**. Resta também comprovado que o feito **se encontra devidamente instruído com parecer** do órgão de assistência técnica e/ou jurídica da autoridade consulente, observado, portanto, o disposto no art. 122, § 1º, V, da LOTCEES.

Ademais, constata-se que a matéria atinente à consulta ofertada possui **relevância jurídica, econômica, social e repercussão** no âmbito da administração pública com reflexos para a Administração Pública Direta e Indireta do Estado e dos Municípios, atendendo ao requisito previsto no § 2º do artigo 122 da Lei Orgânica do TCEES (LC 621/2012), que assim estabelece:

Art. 122 [...]

§ 2º Além dos requisitos objetivos, o conhecimento da consulta dependerá da **relevância jurídica, econômica, social** ou da **repercussão da matéria no âmbito da administração pública**, com conteúdo que possa ter reflexos sobre a administração direta e indireta do Estado ou dos Municípios. (grifo nosso).

Assim, uma vez atendidas todas as formalidades previstas em lei, entende-se pelo

conhecimento da presente consulta.

Passa-se, então, a seguir, à análise **do mérito propriamente dito** da Consulta.

A Administração Pública, em suas relações com particulares, a teor da regra geral de Direito Civil, deve ser pontual no cumprimento de suas obrigações. Por razões diversas, entretanto, ocorre de não adimpli-las ao certo tempo. Limitações financeiras e orçamentárias, responsabilidade fiscal ou simples ineficiência são casos que comprometem a tempestiva quitação de débitos.

Sobre o tempo do pagamento, leciona Cassettari¹:

7.9.1.5. Do tempo do pagamento (arts. 331 a 333 do CC)

A obrigação deverá ser paga no vencimento. Caso não houver vencimento, deverá ser paga imediatamente, após notificação do devedor pelo credor, porém dentro de um prazo razoável, concedido pelo credor na interpelação, que deverá levar em consideração o objeto do pagamento. Se for ele de pouco valor, pode-se dar um prazo exíguo; sendo de valor elevado, o prazo deve ser compatível para permitir que o devedor possa levantá-lo.

No caso da Administração Pública, quase sempre é possível identificar com precisão o termo inicial do pagamento, seja a data estipulada em contrato ou a aquisição de um direito pelo servidor público, cujo direito a percepção monetária se inicia em data demarcada por lei ou regulamento.

Contudo, em certas situações, ocorrem circunstâncias em que a Administração não paga devido a incertezas quanto ao valor ou às circunstâncias que ensejam o pagamento.

Surgem daí atrasos nos pagamentos que podem se estender por anos, a ponto de criar outras controvérsias como dúvidas na correção do valor, ou juros de mora, como se discute neste processo.

¹ CASSETTARI, Christiano. *Elementos de Direito Civil*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 209.

Tamanho problema não haveria se os processos administrativos fossem concluídos em prazo razoável para sanar qualquer dúvida quanto aos créditos. Certamente, o direito à duração razoável do processo administrativo é reconhecido, mas as leis não fixam consequências ao seu descumprimento.

A propósito, conforme expõe o Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas,

“ (...) é interessante a construção legislativa italiana que fixou multa à administração que não encerrar o processo administrativo no prazo.

Segundo Garofoli e Ferrari²:

(...) o sujeito que tenha inutilmente apresentado um pedido à administração em relação à qual subsiste a obrigação de se pronunciar (...), pode requerer, a título de indenização pelo “mero” atraso, uma soma de 30 euros para cada dia de atraso (para um total, contudo, não superior a 2.000 euros) com o escoamento da data de vencimento do termo para fechar o procedimento.³ (tradução nossa)”

A consulta em tela tem como pressuposto o fato de que a Administração será impontual em seus pagamentos. Assim sendo, para reparar o ilícito que já se sabe que ocorrerá, vem ao Tribunal de Contas inquirir acerca de como tratar as consequências.

Tem-se que, a partir do início da mora, o valor deverá ser corrigido para que o poder aquisitivo não seja corroído pela inflação (correção monetária). Ademais, outra consequência é a necessidade de que se paguem juros de mora. Estes não se confundem com aquela.

A correção monetária atualiza o valor pela inflação. Os juros de mora remuneram o capital imobilizado. Portanto, se, há anos, na época certa, o credor tivesse recebido o valor que lhe era devido, seu capital seria investido e lhe renderia dividendos. Como apenas recebeu *a posteriori*, deve receber juros como se pudesse ter investido a importância desde aquela época.

² GAROFOLI, Roberto e FERRARI, Giulia. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 8ª ed. Roma: Nel Diritto Editore, 2015, p. 773.

³ No original: (...) il soggetto che abbia inutilmente presentato un'istanza all'amministrazione, in relazione alla quale sussiste l'obbligo di pronunciare (...), può chiedere, a titolo di indennizzo per il ritardo (per un totale comunque non superiore a 2.000 euro) com decorrenza dalla data di scadenza del termine per chiudere il procedimento.

Vê-se que os juros de mora devem incidir sobre o capital atualizado (após a correção monetária). Se assim não fosse, a rentabilidade ocorreria de maneira defasada.

A propósito das taxas a serem aplicadas para o cálculo da correção monetária e dos juros de mora, houve, recentemente, uma decisão no Recurso Extraordinário 870947/SE, com repercussão geral, que afeta sensivelmente este debate:

Julgado mérito de tema com repercussão geral

TRIBUNAL PLENO

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, apreciando o tema 810 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso para, confirmando, em parte, o acórdão lavrado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, (i) assentar a natureza assistencial da relação jurídica em exame (caráter não-tributário) e (ii) **manter a concessão de benefício de prestação continuada (Lei nº 8.742/93, art. 20) ao ora recorrido (iii) atualizado monetariamente segundo o IPCA-E** desde a data fixada na sentença e (iv) fixados os juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Vencidos, integralmente o Ministro Marco Aurélio, e parcialmente os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ao final, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, fixou as seguintes teses, nos termos do voto do Relator: 1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); **quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-**

tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, **na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina**. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.9.2017. (grifos nossos)

O papel pedagógico das decisões do STF se perfaz claramente neste caso. O Excelso Pretório, diferencia a correção monetária em casos tributários e não tributários. Naqueles, estipula que a correção deve ser pelos mesmos critérios que a Administração utiliza para seus créditos, por isonomia.

Em relação aos créditos não tributários, que interessam ao nosso estudo, a decisão fixou como critério de atualização monetária o índice IPCA-E, por considerar que é o índice que mais fielmente recompõe o poder aquisitivo, em detrimento do critério anterior que, de tão pequena atualização, chegava a comprometer o direito de propriedade.

Em relação ao índice de juros de mora, permanece sendo o da caderneta de poupança.

Ainda sobre o mencionado recurso extraordinário, houve diversos embargos de declaração postulando a modulação dos efeitos do acórdão para que o novo critério de correção monetária tivesse efeitos *ex nunc*, mas foram rejeitados por maioria.

Assim sendo, os efeitos da decisão são *ex tunc*.

Como são diversos embargos de declaração, com decisões iguais, transcreve-se apenas a primeira, para não cansar o leitor:

Embargos rejeitados

TRIBUNAL PLENO

Decisão: (ED) O Tribunal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Luiz Fux (Relator), Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (Presidente). Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, que votaram em assentada anterior. Plenário, 03.10.2019.

Portanto, com segurança, pode-se afirmar que numa relação não tributária, o IPCA-E é o índice adequado para correção monetária e o índice da caderneta de poupança é o adequado para a correção dos juros de mora, seja num pagamento a servidores ou a terceiros.

Por fim, considerando as mencionadas alterações no tratamento da questão, temos que a resposta trazida pelo item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001, referida no relatório, perdeu atualidade e já não serve como parâmetro para a questão, conforme expusemos.

Assim sendo, entende-se pela **revogação do item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001.**

Portanto, respondendo aos quesitos do consulente, a partir do arrazoado aqui exposto, tem-se o que segue:

- a) Sim. O termo inicial para a correção monetária e os juros de mora será o do surgimento do crédito. O índice para a correção monetária será o IPCA-E, com o percentual nele previsto ao longo do tempo. O índice para os juros de mora será o da caderneta de poupança, com o percentual nela previsto ao longo do tempo.
- b) A base de cálculo será a remuneração vigente à época do surgimento do crédito (não do fato gerador, que pode ter ocorrido antes). Observe-se que a correção monetária deve ser feita antes que se proceda ao cálculo dos juros de mora, que sobre ela incidem.

Por todo o exposto, acompanhando o posicionamento da unidade técnica, bem como do representante do Ministério Público Especial de Contas, **VOTO** pelo

CONHECIMENTO da presente consulta, e, quanto ao **MÉRITO**, respondê-la nos termos acima expostos.

Por fim, **VOTO** no sentido de que seja encaminhada ao consulente cópia deste voto, bem como da Instrução Técnica de Consulta 0008/2020-2, bem como o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à consideração.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Colegiada, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1. **CONHECER da presente consulta**, e, quanto ao **MÉRITO**, respondê-la nos termos da ITC 0008/2020-2, em síntese, nos seguintes termos:
 - A. Sim. O termo inicial para a correção monetária e os juros de mora será o do surgimento do crédito. O índice para a correção monetária será o IPCA-E, com o percentual nele previsto ao longo do tempo. O índice para os juros de mora será o da caderneta de poupança, com o percentual nela previsto ao longo do tempo;
 - B. A base de cálculo será a remuneração vigente à época do surgimento do crédito (não do fato gerador, que pode ter ocorrido antes). Observe-se que a correção monetária deve ser feita antes que se proceda ao cálculo dos juros de mora, que sobre ela incidem.
2. **REVOGAR** o item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001;
3. **ENCAMINHAR** à consulente cópia do Voto do Relator, bem como da Instrução Técnica de Consulta 9/2019-3;
4. **ARQUIVAR** os autos após o trânsito em julgado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

VOTO VOGAL 026/2020**O EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN:****I RELATÓRIO**

Conforme se depreende da apreciação e julgamento iniciado na 40ª Sessão Ordinária do Plenário, realizado sob a modalidade de sessão virtual, a presente consulta foi formulada pelo presidente da Assembleia Legislativa deste Estado, Deputado Erick Cabral Musso, indagando a respeito da incidência de correção monetária e de juros moratórios sobre pagamentos retroativos a serem feitos a servidores e a terceiros com base em decisão administrativa (petição inicial 00079/2020-2 – peça 02).

Instruído o feito, manifestou-se o conselheiro relator pela sua admissibilidade (Despacho 03834/2020-2 – peça 04), tendo, em seguida, o Núcleo de Jurisprudência e Súmula (NJS) informado sobre a existência de deliberação que abordaria parcialmente o tema, apontando o Parecer em Consulta 29/2001 (Estudo Técnico de Jurisprudência 00004/2020-4 – peça 6).

Quanto mérito da consulta, sem divergência, manifestaram-se o Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas (NRC), o Ministério Público Junto ao Tribunal de Contas (MPC) e o conselheiro relator (Instrução Técnica de Consulta 00008/2020-2, Parecer do MPC 03171/2020-4 e Voto do Relator 03518/2020-5 - peças 08, 13 e 16).

II FUNDAMENTOS

Primeiramente, adianto minha anuência às manifestações prévias pelo conhecimento do feito, já que foram satisfeitos todos os requisitos de admissibilidade desta consulta.

Quanto ao mérito dos questionamentos, corroboro em grande parte o que foi discutido até aqui, assim como fez o conselheiro relator em seu voto, cujo trecho final destaque:

[...]

Portanto, com segurança, pode-se afirmar que numa relação não tributária, o IPCA-E é o índice adequado para correção monetária e o índice da caderneta de poupança é o adequado para a correção dos juros de mora, seja num pagamento a servidores ou a terceiros.

Por fim, considerando as mencionadas alterações no tratamento da questão, temos que a resposta trazida pelo item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001, referida no relatório, perdeu atualidade e já não serve como parâmetro para a questão, conforme expusemos.

Assim sendo, entende-se pela **revogação do item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001.**

Portanto, respondendo aos quesitos do consulente, a partir do arrazoado aqui exposto, tem-se o que segue:

a) Sim. O termo inicial para a correção monetária e os juros de mora será o do surgimento do crédito. O índice para a correção monetária será o IPCA-E, com o percentual nele previsto ao longo do tempo. O índice para os juros de mora será o da caderneta de poupança, com o percentual nela previsto ao longo do tempo.

b) A base de cálculo será a remuneração vigente à época do surgimento do crédito (não do fato gerador, que pode ter ocorrido antes). Observe-se que a correção monetária deve ser feita antes que se proceda ao cálculo dos juros de mora, que sobre ela incidem.

Por todo o exposto, acompanhando o posicionamento da unidade técnica, bem como do representante do Ministério Público Especial de Contas, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO da presente consulta**, e, quanto ao **MÉRITO**, respondê-la nos termos acima expostos.

[...]

Entretanto, inauguro a **divergência** especificamente para discordar da instrução técnica quando dá a entender que a nova interpretação, ancorada no precedente dado pelo RE 870.947/SE, conteria **efeitos ex tunc**, fazendo crer que retroagiria à data da promulgação do dispositivo declarado inconstitucional. Vejamos:

[...]

Ainda sobre o mencionado recurso extraordinário, houve diversos embargos de declaração postulando a modulação dos efeitos do acórdão para que o novo critério de correção monetária tivesse efeitos *ex nunc*, mas foram rejeitados por maioria. Assim sendo, os efeitos da decisão são *ex tunc*.

Como são diversos embargos de declaração, com decisões iguais, transcreveremos apenas a primeira, para não cansar o leitor:

Embargos rejeitados

TRIBUNAL PLENO

Decisão: (ED) O Tribunal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Luiz Fux (Relator), Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (Presidente). Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, que votaram em assentada anterior. Plenário, 03.10.2019.

[...]

De fato, e segundo informa a ITC 00008/2020-2, foram interpostos diversos embargos de declaração postulando a modulação de efeitos da decisão que elegeu o IPCA-E como o novo critério de correção monetária no RE 870.947/SE, tendo sido todos rejeitados por maioria. Por isso, concluiu a área técnica que os efeitos da decisão embargada seriam *ex tunc*.

Realmente, a decisão foi embargada por sucessivas vezes e, em todas elas, o STF rejeitou o requerimento de modulação de efeitos, **na forma solicitada pelas partes**, entendendo que “o acórdão embargado contém fundamentação apta e suficiente a resolver todos os pontos do Recurso Extraordinário”, inexistindo omissão, contradição, obscuridade ou erro material no julgado.

Ocorre que, por si só, a rejeição dos embargos não autoriza a interpretação de que em algum momento tenha se fixado efeitos *ex tunc*, irrestritos e ilimitados, à nova interpretação.

Vale acrescentar que, no citado RE 870.947/SE, o STF, sem qualquer ineditismo, voltou a reconhecer a inconstitucionalidade parcial do art. 1º-F, da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, com redação dada pela Lei 11.960, de 29 de junho de 2009, o que já havia feito em decisões anteriores, inclusive em sede de controle abstrato de constitucionalidade (ADI 4.357 e 4.425).

Recorrendo, então, ao acórdão embargado e para que se evite que o resumido excerto da decisão seja retirado do contexto em que foi proferido, é possível constatar que, em diversas passagens do voto do vencedor, exarado pelo ministro relator Luiz Fux, associa-se a resolutividade da controvérsia objeto do RE

870.947/SE a tais julgamentos anteriores, realizados pelo STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 4.357 e 4.425, quando se definiu que, somente **após 25.03.2015**, os créditos contra a Fazenda Pública (naqueles casos, inscritos em precatórios de natureza não-tributária) deveriam ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), regra que está explicitada e reafirmada no trecho final do voto vencedor do RE 870.947/SE, que decide “nesse exato sentido”, como segue:

[...]

A presente controvérsia, apesar de em grande medida sobreposta ao tema julgado pelo Plenário nas **ADIs nº 4.357 e 4.425**, revela algumas sutilezas formais adiante explicadas, sobretudo na hipótese da correção monetária, razão pela qual evitei tratar este caso como mera reafirmação de jurisprudência. **Não obstante isso, adianto que, sob a perspectiva material, não vislumbro qualquer motivo para que a Corte se afaste das premissas e conclusões prevaletentes no julgamento das referidas ações diretas.**”

[...]

[...] Destarte, a prolação da decisão condenatória configura o único momento do processo judicial em que são fixados juros moratórios sobre débitos da Fazenda Pública. Não havendo incidência de juros em outras oportunidades, imperioso entender que a decisão do Supremo Tribunal Federal nas ADIs nº 4.357 e 4.425, ao aludir a “precatórios” de natureza tributária, volta-se, a rigor, para as condenações impostas à Fazenda Pública, isto é, para a fixação dos juros moratórios ao final da fase de conhecimento do processo judicial.

Nesse quadro, parece-me claro que a decisão do Supremo Tribunal Federal não fulminou por completo o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Especificamente quanto aos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, a orientação firmada pela Corte foi a seguinte:

1. Quanto aos juros moratórios incidentes sobre condenações oriundas de relação jurídico-tributária, devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput);
2. Quanto aos juros moratórios incidentes sobre condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, devem ser observados os critérios fixados pela legislação infraconstitucional, notadamente os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme dispõe o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Não vislumbro razões para modificar essa compreensão, a qual, aliás, deita raízes em julgamento anterior às próprias ADIs nº 4.357 e 4.425. O leading case que inspirou o entendimento da Corte foi o RE nº 453.740 de relatoria do Min. Gilmar Mendes.

[...]

Ora, a mesma lógica se aplica à hipótese vertida nestes autos. O ponto fundamental é que haja o mesmo regime de tratamento quanto aos juros moratórios para o credor público e para o credor privado em cada relação jurídica específica que integrem.

[...]

Concluo esta primeira parte do voto manifestando-me pela **reafirmação da tese jurídica já encampada pelo Supremo Tribunal Federal** e assim resumida:

1. Quanto aos juros moratórios incidentes sobre condenações oriundas de relação jurídico-tributária, devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput);
2. Quanto aos juros moratórios incidentes sobre condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, devem ser observados os critérios fixados pela legislação infraconstitucional, notadamente os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme dispõe o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09

[...]

[...], diversos tribunais locais vêm estendendo a decisão do Supremo Tribunal Federal nas ADIs nº 4.357 e 4.425 de modo a abarcar também a atualização das condenações (e não apenas a dos precatórios). Foi o que fez o TRF da 4ª Região no presente recurso extraordinário. Aponto ainda outros tribunais que têm endossado essa compreensão:

[...]

Essa controvérsia também está presente em diversos casos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal. A título ilustrativo, cito os seguintes precedentes: RE 851.079, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 4/12/2014; RE 848.718, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 3/12/2014; RE 839.046, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 20/10/2014; RE 825.258, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 2/2/2015; e RE 848.145, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 25/11/2014.

Essa postura dos tribunais inferiores revela-se coerente. **Não vislumbro qualquer motivo para aplicar critérios distintos de correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública.** Eis as minhas razões.

[...]

Diante desse quadro jurisprudencial sedimentado, **haveria flagrante incoerência na aplicação de critérios distintos de correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública. A mesma racionalidade que orientou a Corte no julgamento das ADIs nº 4.357 e 4.425 impõe a declaração de inconstitucionalidade do critério de atualização previsto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com redação dada pela Lei nº 11.960/09.**

[...]

Quanto à tese da repercussão geral, voto pela sua consolidação nos seguintes termos:

1. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09;
2. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXI), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

A fim de evitar qualquer lacuna sobre o tema e com o propósito de guardar coerência e uniformidade com o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a questão de ordem nas ADIs nº 4.357 e 4.425, entendo que devam ser idênticos os critérios para a correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública. Naquela oportunidade, a Corte assentou que, após 25.03.2015, todos os créditos inscritos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). Nesse exato sentido, voto pela aplicação do aludido índice a todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, qualquer que seja o ente federativo de que se cuide.

(destaquei)

Além disso, ao nos aprofundarmos no teor dos diversos embargos ofertados diante do acórdão acima transcrito, é possível notar que cada qual trouxe pedido específico, ora sugerindo que fossem modulados efeitos a partir de diferentes momentos, como o trânsito em julgado do próprio RE 870.947/SE, ora pleiteando a fixação de limites máximos percentuais à taxa de referência (TR).

Por isso, é importante dizer que, ao rejeitar esses embargos, o STF simplesmente recusou o argumento da existência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material no julgado, rejeitando a modulação de efeitos na forma como pleiteada pelas partes, mantendo-se inalterado o acórdão embargado, já transcrito acima.

Cabe, ainda, dizer que o acórdão em questão reitera a inconstitucionalidade parcial do art. 1º-F, da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009, e o faz em

sede de controle difuso de constitucionalidade, do qual decorreu o tema 810 de repercussão geral e no qual, não se vê modulação de efeitos, tampouco se extrai a eficácia retroativa mencionada pela ITC 00008/2020-2.

Portanto, se tratando aqui de consolidar e de firmar entendimento em tese, orientação abstrata e de efeitos gerais aos jurisdicionados desta Corte, o ideal é que se faça em harmonia com o que já decidiu o próprio STF, inclusive em sede de controle abstrato de constitucionalidade e a respeito do mesmo dispositivo, isto é, partindo-se das premissas traçadas nas ADIs nº 4.357 e 4.425, de modo a preservar a segurança jurídica e a boa-fé objetiva, permitindo que subsistam os atos jurídicos produzidos sob a égide da norma em questão e de orientação normativa anterior:

[...]

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto, ora reajustado, do Ministro Luiz Fux (Relator), em resolver a questão de ordem nos seguintes termos:

[...]

2) Conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: 2.1.) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e 2.2.) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e Lei nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária.” (Questão de Ordem na ADI 4.357, Rel. Min. Ayres Britto, Redator p/ o acórdão Min. Luiz Fux, Plenário, DJe de 26/9/2014)

Aliás, outro esclarecimento que merece ser feito é que, mesmo que na ADI 4.357 o debate tenha surgido do regime de pagamento de precatórios de natureza não-tributária, o fato é que o cerne da controvérsia e do raciocínio lógico-jurídico ali desenvolvido, são exatamente os mesmos que no RE 870.947/SE e, em ambos os casos, culminaram no reconhecimento da inconstitucionalidade parcial do artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

Portanto, a distinção reside tão somente no fato de que, no RE 870.947, a tese discutida abarcou a correção monetária de débitos da Fazenda Pública em qualquer fase processual e inclusive na instância administrativa, enquanto que, na ação direta de inconstitucionalidade, a apreciação considerou a aplicação do dispositivo ao regime de precatórios não-tributários.

Logo, por força das mencionadas ADIs, a sobrevida do art. 1º-F, a Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009, já foi estendida até 25.03.2015, não parecendo adequado que este Tribunal decida de maneira diversa ao atrelar efeitos retroativos além desta data à nova interpretação que ora se firma.

Vale também registrar que o dispositivo, pelas mesmas razões lógico-jurídicas, mais uma vez voltou a ser objeto de análise pelo STF, desta vez na ADI 5.348/DF, quando, mais uma vez, sem qualquer ineditismo, decidiu por reiterar a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, alterado pela Lei 11.960/2009, na parte em que estabelece a aplicação de índices da caderneta de poupança como critério de atualização monetária nas condenações da Fazenda Pública, ampliando, para que não remanescessem dúvidas, o espectro de incidência do entendimento por sua inconstitucionalidade.

Sobre o tema, não custa também lembrar o que nos ensinam os artigos 23 e 24, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, aprovada pelo Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, que, com acertada cautela, condicionam o estabelecimento de nova interpretação, como a que se pretende obter deste Tribunal, a regime de transição, impondo que a revisão de entendimento anterior leve em consideração as orientações gerais da época dos fatos, não autorizando, portanto, que alterações posteriores de interpretação se prestem a alcançar situações jurídicas plenamente constituídas. Vejamos:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. (VETADO)

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa

cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Tais preceitos, aliados aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, impedem que da nova interpretação decorram efeitos retroativos ilimitados e irrestritos, quando todo o sistema do qual se extrai o regime jurídico pátrio define que devem ser respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, também como forma de se garantir a estabilidade das situações e das relações jurídicas já consolidadas.

Isso inclusive foi o que esta Corte de Contas defendeu no bojo do **Parecer em Consulta 3/2014** – que ainda não foi trazido à baila no enfrentamento da presente celeuma - quando, ao responder à consulta na qual se indagava acerca da taxa de juros a ser utilizada para cálculo de verbas remuneratórias a servidores, firmou-se entendimento no sentido de que:

[...]

Sobre a aplicação das legislações, ao longo do tempo, nas condenações impostas às fazendas públicas, a atualização dos valores fixados levará em consideração a evolução dos juros definidos nas legislações aplicáveis a espécie, conforme cada período normativo (princípio “tempus regit actum”, observado no precedente do STF: AI771555/RS, de 19/10/2010)“:

Ementa

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. JUROS DE MORA. ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 COM REDAÇÃO DA MP 2.180-35. CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA IMEDIATA. AGRAVO IMPROVIDO I – A não interposição de agravo de instrumento contra a decisão que inadmitiu o recurso especial da agravada não gerou preclusão lógica, porquanto os recursos especial e extraordinário possuem campos de atuação diversos. Precedente. II - O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a norma do art. 1º-F, da Lei 9.494/97, modificada pela Medida Provisória 2.180-35/2001, tem aplicação imediata. Precedentes. III – Agravo regimental improvido. (STF: AI771555/RS, de 19/10/2010)

A Área Técnica, com muita propriedade, cita jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que tomo emprestado:

Ressalta-se, contudo, a existência de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, dispondo sobre a aplicação desta nova regra a

processos em curso, conforme Recurso Especial 1205.946-SP, julgado em 19 de outubro de 2011, cujo Relator foi o Ministro Benedito Gonçalves, tendo-se vislumbrado nesta decisão a natureza de norma processual.

Transcreve-se na oportunidade trecho de notícia do Informativo nº 485 do Superior Tribunal de Justiça, retratando esse julgado:

“Trata-se de REsp sob o regime do art. 543-C do CPC e Res. n. 8/2008-STJ, em que se discute a possibilidade de aplicação imediata da Lei nº 11.960/2009 às ações em curso, em face da alteração promovida no art. 1º-F da Lei nº 9494/1997. O referido artigo estabeleceu novos critérios de correção monetária e de juros de mora a serem observados nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, quais sejam, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. A Corte Especial, ao prosseguir o julgamento, vencida em parte, a Min. Maria Thereza de Assis Moura, conheceu do recurso e deu-lhe parcial provimento, consignando, ente outras questões, que a Lei n 11.960/2009 é norma de natureza eminentemente processual e deve ser aplicada de imediato aos processos pendentes. Frisou-se não se tratar de retroatividade da lei, mas sim de incidência imediata de lei processual sob a tutela do princípio tempus Regis actum, de forma a não atingir situações jurídicoprocessuais consolidadas sob o regime de lei anterior, mas alcançando os processos pendentes que se regem pela lei nova. Daí conclui-se que os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública, após a entrada em vigor da mencionada lei, devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente. Precedentes citados: EREsp 1.207.197-RS, DJ e 2/8/2011, e EDcl no MS 15.485-DF, DJe 30/06/2011. REsp 1.205.946-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 19/10/2011.”

(g.n.)

Na mesma oportunidade, esta Corte igualmente não se descuidou e frisou, ainda, a necessidade de observância ao prazo quinquenal de prescrição de que tratam os artigos 1º e 2º, do Decreto-lei 20.910, de 6 de janeiro de 1932, *in verbis*:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Art. 2º Prescrevem igualmente no mesmo prazo todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou por vencerem, ao meio soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças.

Nessa linha, em se tratando de pagamento de verbas remuneratórias pretéritas devidas a servidores, é forçoso igualmente observar o prazo prescricional estipulado pelo art. 156, da Lei Complementar Estadual 46, de 31 de janeiro de 1994, que fixa também em 5 (cinco) anos o direito de pleitear na esfera administrativa.

Indo um pouco mais além para tratar especificamente dos créditos e dos pagamentos eventualmente já reconhecidos ou realizados pela Administração Pública, novamente deve-se ter em mente outro prazo quinquenal que deve ser considerado. Neste caso, não se pode olvidar do prazo decadencial que impede a revisão de atos administrativos quando passados mais de 5 anos da data em que foram praticados, consoante o disposto no art. 54, da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Dito tudo isso, o que se pretende, em suma, é afirmar que, embora tenha sido declarado inconstitucional o art. 1º-F, da Lei 9.494/1997, com redação dada pela lei 11.960/2009, a Administração Pública, ao aplicar o IPCA-E como índice de correção monetária e, após, a remuneração da caderneta de poupança como critério de juros de mora, deverá necessariamente considerar, diante de cada caso concreto, os efeitos modulados nas ADIs 4.357 e 4.425, bem como a legislação vigente e a orientação interpretativa aplicável em cada dado momento, preservando-se as situações jurídicas já consolidadas sob tal égide e observando-se, em qualquer caso, os prazos quinquenais de prescrição.

III PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Por todo o exposto e com base na competência outorgada pelo inciso XVII, do art. 13, da Lei Orgânica do TCEES e pelo inciso XIX, do artigo 20, da Resolução TC 261, de 4 de junho de 2013 (RITCEES), acompanho majoritariamente o entendimento técnico e ministerial, bem como o voto proferido pelo conselheiro relator, mas diverjo quanto aos efeitos a serem dados ao novo entendimento e VOTO no sentido de que o Plenário aprove a seguinte proposta de deliberação:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão plenária, em:

III.1 **CONHECER** a consulta para **RESPONDÊ-LA** nos seguintes termos:

III.1.1 Os pagamentos retroativos a servidores e a terceiros, quando reconhecidos por decisão administrativa, estão sujeitos à incidência de correção monetária e de juros moratórios, considerando-se o termo inicial

para sua aplicação a data do surgimento do crédito, aplicando-se, a partir de 26.03.2015, o IPCA-E como índice para correção monetária e a remuneração da caderneta de poupança como critério para os juros de mora, preservando-se os atos administrativos e as situações jurídicas já consolidadas sob a égide da legislação então vigente e de orientação interpretativa anteriormente aplicável, bem como respeitado o prazo quinquenal de prescrição para reconhecimento do crédito;

III.1.2 Atendido o disposto no item III.1.1, a base de cálculo no caso de pagamento retroativo a servidores públicos será a remuneração vigente à época do surgimento do crédito, acrescida primeiramente da correção monetária e, em seguida, ao cálculo dos juros de mora, que sobre ela incidem;

II.2 **REVOGAR** o item 3, do Parecer em Consulta TC 29/2001;

III.3 Dar **CIÊNCIA** ao consulente, na forma regimental;

III.4 **ARQUIVAR**.

Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

Conselheiro Presidente

VOTO COMPLEMENTAR DO RELATOR 359/2021:

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

I – RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelo Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, Sr. Erick Cabral Musso, acerca dos quesitos a seguir:

- a) Os pagamentos retroativos a servidores e terceiros, quando reconhecidos por decisão administrativa, estão sujeitos à incidência de correção monetária e de juros moratórios? Em caso afirmativo, quais os critérios (termo inicial, índices, percentuais) aplicáveis a tais pagamentos?
- b) No caso de servidores públicos, qual seria a base de cálculo para eventual incidência de juros de moratórios (*sic*) e atualização monetária, a remuneração vigente à época do fato gerador ou a data do efetivo pagamento (art. 70, § 2º, LC nº 46/94)?

Seguindo-se os trâmites regimentais, este Relator encaminhou os autos para Estudo Técnico de Jurisprudência, que identificou o Parecer em Consulta TC 29/2001, em que se responde parcialmente a esta consulta. Em seguida, foram encaminhados os autos ao Núcleo de Controle Externo e Consultas que, sugerindo a admissão e conhecimento da mesma, concluiu, em síntese, nos seguintes termos:

IV. RESPOSTAS AOS QUESITOS

A partir do arrazoadado até aqui discutido, respondemos aos quesitos nos seguintes termos:

- a) Sim. O termo inicial para a correção monetária e os juros de mora será o do surgimento do crédito. O índice para a correção monetária será o IPCA-E, com o percentual nele previsto ao longo do tempo. O índice para os juros de mora será o da caderneta de poupança, com o percentual nela previsto ao longo do tempo.
- b) A base de cálculo será a remuneração vigente à época do surgimento do crédito (não do fato gerador, que pode ter ocorrido antes). Observe-se que a correção monetária deve ser feita antes que se proceda ao cálculo dos juros de mora, que sobre ela incidem.

V. CONCLUSÃO

Diante das razões fáticas e jurídicas expostas na presente instrução, opina-se por conhecer da presente consulta para:

1. Revogar o item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001;
2. Responder à consulta nos termos do item IV. RESPOSTAS AOS QUESITOS.

Após, manifestou-se o ministério Público Especial de Contas, por meio de seu representante Dr. Luís Henrique Anastácio da Silva, anuindo ao entendimento da unidade técnica

Durante a 40ª Sessão Ordinária do Plenário, proferi voto concluindo nos termos seguintes:

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Colegiada, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1. **CONHECER da presente consulta**, e, quanto ao **MÉRITO**, respondê-la nos termos da ITC 0008/2020-2, em síntese, nos seguintes termos:
 - C. Sim. O termo inicial para a correção monetária e os juros de mora será o do surgimento do crédito. O índice para a correção monetária será o IPCA-E, com o percentual nele previsto ao longo do tempo. O índice para os juros de mora será o da caderneta de poupança, com o percentual nela previsto ao longo do tempo;
 - D. A base de cálculo será a remuneração vigente à época do surgimento do crédito (não do fato gerador, que pode ter ocorrido antes). Observe-se que a correção monetária deve ser feita antes que se proceda ao cálculo dos juros de mora, que sobre ela incidem.
2. REVOGAR o item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001;
3. **ENCAMINHAR** à consulente cópia do Voto do Relator, bem como da Instrução Técnica de Consulta 9/2019-3;
4. **ARQUIVAR** os autos após o trânsito em julgado.

Seguiram-se pedidos de vista formulados pelos Conselheiros Sebastião Ranna de Macedo, Domingos Augusto Taufner tendo, por fim o Conselheiro Rodrigo Chamoun, proferido voto vogal em divergência ao voto do Relator.

Em seu voto vogal, o Conselheiro Rodrigo Flávio Freire de Farias Chamoun pondera conforme segue:

“ Quanto ao mérito dos questionamentos, corroboro em grande parte o que foi discutido até aqui, assim como fez o conselheiro relator em seu voto (...)

Entretanto, inauguro a **divergência** especificamente para discordar da instrução técnica quando dá a entender que a nova interpretação, ancorada no precedente dado pelo RE 870.947/SE, conteria **efeitos ex tunc**, fazendo crer que retroagiria à data da promulgação do dispositivo declarado inconstitucional. (...)

Nessa linha, em se tratando de pagamento de verbas remuneratórias pretéritas devidas a servidores, é forçoso igualmente observar o prazo prescricional estipulado pelo art. 156, da Lei Complementar Estadual 46, de 31 de janeiro de 1994, que fixa também em 5 (cinco) anos o direito de pleitear na esfera administrativa.

Indo um pouco mais além para tratar especificamente dos créditos e dos pagamentos eventualmente já reconhecidos ou realizados pela Administração Pública, novamente deve-se ter em mente outro prazo quinquenal que deve ser considerado. Neste caso, não se pode olvidar do prazo decadencial que impede a revisão de atos administrativos quando passados mais de 5 anos da data em que foram praticados, consoante o disposto no art. 54, da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Dito tudo isso, o que se pretende, em suma, é afirmar que, embora tenha sido declarado inconstitucional o art. 1º-F, da Lei 9.494/1997, com redação dada pela lei 11.960/2009, a Administração Pública, ao aplicar o IPCA-E como índice de correção monetária e, após, a remuneração da caderneta de poupança como critério de juros de mora, deverá necessariamente considerar, diante de cada caso concreto, os efeitos modulados nas ADIs 4.357 e 4.425, bem como a legislação vigente e a orientação interpretativa aplicável em cada dado momento, preservando-se as situações jurídicas já consolidadas sob tal égide e observando-se, em qualquer caso, os prazos quinquenais de prescrição”.

Em 11/01/2012, no evento 18 e seguintes dos autos eletrônicos, houve uma petição intercorrente por parte da ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESPÍRITO SANTO–AMAGES – requerendo seu ingresso no feito como terceiro interessado.

Assim, vieram os autos conclusos.

Trago este breve relatório com o único propósito de atualizar a cronologia da tramitação dos autos.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – PRELIMINARMENTE

Da leitura do caderno processual eletrônico depreende-se o ingresso de petição intercorrente protocolada pela Associação dos Magistrados do Espírito Santo – AMAGES, pleiteando seu ingresso no feito.

Para tanto apresenta argumentos fáticos e jurídicos que, em seu entender, justificam a necessidade de sua participação nos autos, a fim de possibilitar uma ampliação do debate em curso, bem como influenciar na decisão a ser proferida. Manifesta-se ora alegando tratar-se de terceiro interessado no feito e, ora como *amicus curae* desta Corte de Contas.

Ressalto que a petição em referência ingressou nos autos após o encerramento da fase instrutória e, conseqüentemente, com o início do julgamento através de designação de pauta e prolação de voto pelo Relator.

A Resolução TCEES nº. 261/21013, em seu art. 294, §6º., ao se debruçar sobre a figura jurídica do terceiro interessado, assim dispõe:

Seção V

Do Ingresso de Interessado no Processo

Art. 294. A habilitação de interessado no processo será efetivada, de ofício ou mediante o deferimento, pelo Relator, do pedido de ingresso do terceiro.

§ 1º (...)

§ 2º (...).

§ 3º (...).

§ 4º (...).

§ 5º (...).

§ 6º O pedido de habilitação de que trata este artigo será indeferido quando formulado após a inclusão do processo em pauta.

§ 7º (...). (grifo nosso)

Portanto, como se pode facilmente depreender, não é possível ser deferido o referido pedido, pois o processo já se encontra pautado, em fase de julgamento, desde a 40ª Sessão Plenária desta Corte.

No mesmo sentido, haveria limitação lógica à participação da petionante na qualidade de *amicus curae*, haja vista que a manifestação da parte nesta qualidade visa disponibilizar à Corte subsídios técnicos e jurídicos para uma melhor apreciação da questão em debate.

Esta intervenção, todavia, somente pode ser admitida, por consequência lógica, até o momento da realização de sustentação oral, momento imediatamente anterior ao julgamento e, inexoravelmente, último ato de instrução antes da decisão que se pretende influenciar.

É certo que há o reconhecimento da possibilidade atuação nesta qualidade em qualquer fase processual ou grau de jurisdição desde que, porém, seja observada a lógica processual.

Ainda que a Resolução TCEES nº. 261/2013 não tenha tratado especificamente da figura do *amicus curae*, é de se ver que a razão de rejeitar o ingresso de terceiro interessado no feito naquela fase processual se aplica perfeitamente a qualquer pretensão formulada no mesmo sentido quando a figura utilizada para a participação nos autos venha através do chamado “amigo da Corte”.

Desta forma, e com fulcro no disposto no art. 294, §6º., da Resolução TCEES nº. 261/2013, indefiro o pleito da Associação dos Magistrados do Estado do Espírito Santo – AMAGES para figurar no feito, seja na condição de terceiro interessado, seja como *amicus curae*.

Ressalvo, contudo, que eventual pedido neste sentido poderá ser renovado oportunamente devendo, na ocasião, ser apreciada a conveniência e preenchimento dos requisitos próprios para seu ingresso.

II – DO MÉRITO DA CONSULTA

Após apresentação de voto vogal pelo Conselheiro Rodrigo Flávio Freire de Farias Chamoun abrindo divergência ao entendimento por mim trazido, analisei atentamente as colocações e fundamentos que embasam o seu voto e, a fim de aprofundar a análise, solicitei o retorno dos autos ao meu gabinete, adiando o julgamento do processo.

Desta análise verifiquei que o voto vogal apresentado se fundamenta eminentemente em três pontos, quais sejam:

- Os efeitos decorrentes da decisão proferida no RE 870.947/SE, ou seja, se **ex tunc** ou não;
- A necessidade de modulação dos efeitos da decisão a ser proferida por esta Corte de Contas, em consonância com o julgamento das ADI's 4.357 e 4.425; e, por fim,
- A obrigatoriedade de se observar o prazo quinquenal de prescrição para o recebimento dos créditos.

A Administração Pública, em suas relações com particulares, a teor da regra geral de Direito Civil, deve ser pontual no cumprimento de suas obrigações. Por razões diversas, entretanto, ocorre de não adimpli-las ao certo tempo. Limitações financeiras e orçamentárias, responsabilidade fiscal ou simples ineficiência são casos que comprometem a tempestiva quitação de débitos. Assim, em certas situações, ocorrem circunstâncias em que a Administração não paga devido a incertezas quanto ao valor ou às circunstâncias que ensejam o pagamento.

A consulta em tela tem como pressuposto o fato de que a Administração será, ou já foi em determinada ocasião, impontual em seus pagamentos questionando-se, caso haja reconhecimento administrativo, se os mesmos estão sujeitos à incidência de correção monetária e juros moratórios. Em desdobramento, e caso se entenda afirmativa a primeira parte da consulta, quais os critérios (termo inicial, índices, percentuais) aplicáveis a tais pagamentos.

De todo o processado até o presente momento é forçoso reconhecer que tanto o voto proferido por este Relator, quanto o voto vogal trazido à colação pelo Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias de Chamoun, reconhecem a necessidade de incidência de correção monetária e juros moratórios a pagamentos pretéritos devidos pela Administração Pública. Há uma divergência inicial, quanto aos índices tendo em vista a existência de duas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que, aparentemente, estão em contradição.

Tenho, no entanto, que após nova análise de todo os fundamentos lançados nos autos, a solução para o tema é aquela versada no voto por mim proferido enquanto Relator.

Explico, e para tanto peço vênias aos meus pares para abrir a discussão a partir da transcrição dos votos proferidos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs. 4.357/DF e 4.425/DF e no Recurso Extraordinário nº. 870.947/SE.

Quanto a este último é importante aduzir que o seu objeto é diverso daquele contido no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade.

Ao se debruçar sobre o Acórdão proferido nas ações direta de inconstitucionalidade observa-se que o teor da decisão emanada do Supremo Tribunal Federal considerou inadequada, e em afronta ao texto constitucional, a “(...) *utilização do rendimento da caderneta de poupança como índice definidor dos juros moratórios dos créditos inscritos em precatórios, quando oriundos da relação jurídico-tributária*”. Tal ponto encontra-se assentado na própria ementa do julgado, conforme transcrevemos:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL No 62/2009. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE INTERSTÍCIO CONSTITUCIONAL MÍNIMO ENTRE OS DOIS TURNOS DE VOTAÇÃO DE EMENDAS À LEI MAIOR (CF, ART. 60, §2o). CONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE “SUPERPREFERÊNCIA” A CREDORES DE VERBAS ALIMENTÍCIAS QUANDO IDOSOS OU PORTADORES DE DOENÇA GRAVE. RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À PROPORCIONALIDADE. INVALIDADE JURÍDICO- CONSTITUCIONAL DA LIMITAÇÃO DA PREFERÊNCIA A IDOSOS QUE COMPLETEM 60 (SESSENTA) ANOS ATÉ A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA

E VIOLAÇÃO À ISONOMIA (CF, ART. 5o, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS EM PROVEITO EXCLUSIVO DA FAZENDA PÚBLICA. EMBARAÇO À EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO (CF, ART. 5o, XXXV), DESRESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL (CF, ART. 5o XXXVI), OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES (CF, ART. 2o) E ULTRAJE À ISONOMIA ENTRE O ESTADO E O PARTICULAR (CF, ART. 1o, CAPUT, C/C ART. 5o, CAPUT). IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5o, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5o, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO. OFENSA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE DIREITO (CF, ART. 1o, CAPUT), AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ART. 2o), AO POSTULADO DA ISONOMIA (CF, ART. 5o, CAPUT), À GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL (CF, ART. 5o, XXXV) E AO DIREITO ADQUIRIDO E À COISA JULGADA (CF, ART. 5o, XXXVI). PEDIDO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE.

1. A Constituição Federal de 1988 não fixou um intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação para fins de aprovação de emendas à Constituição (CF, art. 62, §2o), de sorte que inexistente parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmago do processo político, verdadeiro *locus* da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal. Inexistência de ofensa formal à Constituição brasileira.

2. O pagamento prioritário, até certo limite, de precatórios devidos a titulares idosos ou que sejam portadores de doença grave promove, com razoabilidade, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1o, III) e a proporcionalidade (CF, art. 5o, LIV), situando-se dentro da margem de conformação do legislador constituinte para operacionalização da novel preferência subjetiva criada pela Emenda Constitucional no 62/2009.

3. A expressão “na data de expedição do precatório”, contida no art. 100, §2o, da CF, com redação dada pela EC no 62/09, enquanto baliza temporal para a aplicação da preferência no pagamento de idosos, ultraja a isonomia (CF, art. 5o, *caput*) entre os cidadãos credores da Fazenda Pública, na medida em que discrimina, sem qualquer fundamento, aqueles que venham a alcançar a idade de sessenta anos não na data da expedição do precatório, mas sim posteriormente, enquanto pendente este e ainda não ocorrido o pagamento.

4. O regime de compensação dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatórios, previsto nos §§ 9o e 10 do art. 100 da Constituição Federal, incluídos pela EC no 62/09, embaraça a efetividade da jurisdição (CF, art. 5o, XXXV), desrespeita a coisa julgada material (CF, art. 5o, XXXVI), vulnera a Separação dos Poderes (CF, art. 2o) e ofende a isonomia entre o Poder Público e o particular (CF, art. 5o, *caput*), cânone essencial do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1o, *caput*).

5. A atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança viola o direito fundamental de propriedade (CF, art. 5o, XXII) na medida em que é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. A inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (*ex ante*), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período).

6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5o, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1o, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão “independentemente de sua natureza”, contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC no 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário.

7. O art. 1o-F da Lei no 9.494/97, com redação dada pela Lei no 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC no 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos

mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 *supra*.

8. O regime “especial” de pagamento de precatórios para Estados e Municípios criado pela EC no 62/09, ao veicular nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública e ao impor o contingenciamento de recursos para esse fim, viola a cláusula constitucional do Estado de Direito (CF, art. 1º, *caput*), o princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), o postulado da isonomia (CF, art. 5º), a garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), o direito adquirido e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

9. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte.

Deve-se reconhecer, portanto, que nos procedimentos de fiscalização normativa abstrata pleiteou-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 100, §12, da Constituição da República (Emenda Constitucional nº. 62/2009 e, por arrastamento, do art. 1º.-F, da Lei Federal nº. 9.494/1997 (com a redação conferida pela Lei nº. 11.960/2009), em vista da violação ao princípio da isonomia, eis que os créditos de natureza tributária existentes em favor da Fazenda Pública seriam remunerados com índices diversos daqueles previstos para os contribuintes credores do Erário.

Assim, reconheceu-se a inconstitucionalidade dos dispositivos, e da atualização monetária com base em índices da caderneta de poupança dos débitos fazendários já inscritos em precatórios, e que tais índices seriam aplicados para o cálculo de juros moratórios decorrentes de créditos inscritos em precatórios não decorrentes de relações jurídicas-tributárias.

Já no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4425/DF deu-se, por meio de questão de ordem suscitada, a modulação temporal dos efeitos de decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida tanto nesta ação quanto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.325/DF para conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade para aplicar os efeitos da decisão aos precatórios expedidos e aos já pagos até o dia 25/03/2015.

As decisões em tela, portanto, tratam de débitos decorrentes de relação jurídico-tributária e modulam efeitos para manter válidos os precatórios expedidos e os já pagos até a data fixada.

De outro turno, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 870.947/SE, a mesma regra estabelecida pelo art. 1º.-F, da Lei Federal nº. 9.494/1997 (com a redação conferida pela Lei nº. 11.960/2009) sofreu impugnação quanto à sua constitucionalidade em relação ao momento que antecede à própria formação do precatório, ou seja, ao final da fase de conhecimento, com o trânsito em julgado da decisão condenatória, assim como quando do reconhecimento administrativo de verbas.

Esta distinção não passou ao largo da decisão proferida, pois durante o julgamento dos Embargos de Declaração, o Ministro Alexandre de Moraes, prolator do voto que conduziu a formação da maioria assim consignou:

“A distinção do objeto da Repercussão Geral neste RE 870.947, em relação às ADIs 4357 e 4425, estaria na maior amplitude (**correção monetária de débitos em qualquer fase processual e mesmo na instância administrativa**) e na natureza da relação jurídica em que surgido o crédito em desfavor da Fazenda Pública – no caso julgado, trata-se de pagamento de benefício assistência pelo INSS.”

Vê-se, assim, que a existência de decisões anteriormente proferidas pela Corte Suprema não deixaram de ser objeto de debate e consideração no momento da formação da decisão proferida no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 870.947/SE, optando o Supremo Tribunal Federal, em sua maioria, pela fixação da seguinte tese de repercussão geral:

- 1) “O art. 1º.-F, da Lei Federal nº. 9.494/1997, com a redação conferida pela Lei nº. 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º., caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º.-F, da Lei Federal nº. 9.494/1997, com a redação conferida pela Lei nº. 11.960/2009”.
- 2) O art. 1º.-F, da Lei Federal nº. 9.494/1997, com a redação conferida pela Lei nº. 11.960/2009, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial a

caderneta de poupança revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º., XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina”.

A despeito da interposição de diversos embargos de declaração visando a concessão de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ocorrida no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 870.947/SE, o Supremo Tribunal Federal não realizou esta distinção, mantendo a decisão tal qual proferida. A não modulação temporal dos efeitos, diga-se, foi exaustivamente debatida entre os Ministros da Corte Suprema, prevalecendo o voto do Ministro Alexandre de Moraes que assim fundamentou a necessidade de retroatividade da decisão:

“Em que pese o seu caráter excepcional, a experiência demonstra que é próprio do exercício da Jurisdição Constitucional promover o ajustamento das relações jurídicas constituídas sob a vigência da legislação invalidada, e essa Corte tem se mostrado sensível ao impacto de suas decisões na realidade social subjacente ao objeto de seus julgados.

Por outro lado, há um ônus argumentativo de maior grau em se pretender a preservação de efeitos constitucionais, que não vislumbro superado no caso em debate.

Entendo que prolongar a incidência da TR como critério de correção monetária para o período entre 2009 e 2015 é incongruente com o assentado pela Corte no julgamento de mérito deste RE 870.947 e das ADIs 4357 e 4425, pois virtualmente esvazia o efeito prático desses pronunciamentos para um universo expressivo de destinatários da norma. Nesses casos, o jurisdicionado: (a) foi indevidamente lesado pelo Poder Público e suportou um desfalque patrimonial; (b) teve o ônus de buscar socorro no Poder Judiciário, com custos adicionais; (c) mesmo vitorioso, teve que executar o valor devido pela sistemática de precatórios; (d) viu o Supremo Tribunal Federal assentar a inconstitucionalidade da correção de créditos pela TR; (e) terá o valor de seu crédito corrigido por essa mesma TR, que não recompõe de forma integral o seu patrimônio.

Ora, a modulação de efeitos, nessa hipótese, transmite uma mensagem frustrante para o jurisdicionado: ele tinha razão, o Poder Judiciário reconheceu, mas isso não fez tanta diferença, seu crédito foi liquidado a menor, como preconizado pela norma inconstitucional.

Dessa feita, não vejo como a incidência da TR no período 2009/2015 possa atender a razões de segurança jurídica e interesse social. Ao contrário, é o

prolongamento da eficácia do art. 1º.-F, da Lei Federal nº. 9.494/1997, na redação da Lei nº. 11.960/2009, que se afigura atentatório aos postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, na medida em que impede a estabilização de relações jurídicas em conformidade com o critério de correção apontado pela própria Corte como válido”.

À exaustão, portanto, o tema da retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade foram debatidos antes da prolação da decisão final que não implementou regime de modulação dos efeitos da decisão que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1º.-F, da Lei Federal nº. 9.494/1997 (com a redação conferida pela Lei nº. 11.960/2009), durante o julgamento do Recurso Extraordinário nº. 870.947/SE.

Chamo à atenção, inclusive, para um dos fundamentos utilizados pelo Ministro Alexandre de Moraes para não conferir tal modulação, qual seja, o fato de não vislumbrar como a incidência da (...) *TR no período 2009/2015 possa atender a razões de segurança jurídica e interesse social. Ao contrário, é o prolongamento da eficácia do art. 1º.-F, da Lei Federal nº. 9.494/1997, na redação da Lei nº. 11.960/2009, que se afigura atentatório aos postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança(...)*”. Ou seja, mesmos postulados que o voto vogal suscita para tentar fazer prevalecer a decisão proferida nas ADI's 4357 e 4425.

Todavia, conforme anteriormente exposto, os objetos de cada uma dessas ações são diversos, ainda intimamente relacionados. Não há, porem, como visto, deixar de fazer prevalecer a tese contida no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 870.947/SE, uma vez que esta é a ação que trata especificamente do tema constante na consulta: (i) a sujeição dos pagamentos retroativos decorrentes de relações jurídicas não-tributárias reconhecidos pela via administrativa à incidência de correção monetária e juros de mora; (ii) os índices aplicáveis; e, por fim, (iii) a não retroatividade dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida neste julgamento.

Quanto a este último aspecto do julgado, em vista do debate trazido à lume pelo Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias de Chamou, deve-se observar que o efeito natural e decorrente da decisão de inconstitucionalidade é invalidar a norma desde o seu nascedouro, ou seja, com efeitos *ex tunc*. Somente em casos excepcionais, e com a aprovação de maioria qualificada dos membros da Suprema Corte Federal é que tais efeitos podem ser modificados, o que não se deu no caso em tela.

Em sendo assim, o efeito natural é aquele usualmente aplicado, ou seja a invalidação da norma e de suas previsões desde o seu nascedouro, passando a vigorar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal como elemento colmatador.

Tanto é assim que o Ministro Alexandre de Moraes, decidiu pela rejeição dos embargos de declaração, "(...) **preservando a eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação da Lei 11.960/2009**".

Não restam dúvidas, assim, quanto à retroatividade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, devendo ser aplicada a sistemática de atualização monetária e juros de mora prevista na tese de repercussão geral extraída do Recurso Extraordinário nº. 870.947/SE.

O reconhecimento da prevalência desta tese implica, conseqüentemente, na impossibilidade de que esta Corte de Contas, por iniciativa própria, venha a conferir, conforme sugerido pelo Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias de Chamoun, efeitos prospectivos ao pronunciamento a ser aqui proferido.

Tenho que tal possibilidade encontra-se, a princípio, fora da alçada desta Corte, eis que sua previsão legal é disciplinada em legislação direcionada, exclusivamente, para o julgamento dos processos que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal, não podendo ser utilizada por analogia aos nossos julgados.

Ademais, a análise aqui em curso versa sobre consulta formulada por jurisdicionado que redundará em tese jurídica a partir de um caso abstrato, já que o instrumento utilizado não permite a provocação da Corte de Contas para casos concretos por meio deste.

Por fim, com relação ao que entendo ser o último ponto de divergência suscitado pelo voto vogal proferido – prescrição quinquenal – tenho alguns pequenos apontamentos a ser formulados.

De início ressalto que revisitando a petição inicial que trouxe ao conhecimento da Corte de Contas a dúvida oriunda da Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo, verifico que tal tema não consta em seu bojo. De fato, a consulta versa acerca da incidência de correção monetária e juros de mora sobre pagamentos

pretéritos devidos, e reconhecidos, pela Fazenda Pública pela via administrativa e, caso positiva a incidência, quais seriam os parâmetros a serem utilizados.

Ainda que tal tema tenha surgido de forma *ultra petita* ressaltado, novamente, que o processo em análise trata de consulta formulada por jurisdicionado para o qual se dará a formação de tese jurídica. A própria previsão contida na Lei Complementar nº. 621/2012 e na Resolução TCEES nº. 261/2103 indicam a necessidade de que o objeto da consulta não pode versar sobre caso concreto.

Trago esta referência para assentar que a observância dos prazos prescricionais e decadenciais estabelecidos nas legislações pertinentes é dever da administração pública, especialmente em vista da necessidade de atuação conforme os ditames da lei (princípio da legalidade). Havendo a previsão legal de tais prazos, é inafastável a sua aplicação.

No entanto, a sua aferição somente pode se dar diante de um caso concreto, e a partir dos elementos que o integram. Não há como se afirmar, *a priori*, a configuração de um ou outro destes institutos jurídicos. Ao se deparar com cada hipótese é que deverá o administrador e/ou o julgador, aferir a sua caracterização. Especialmente porque as diversas verbas existentes no universo da Administração Pública possibilitam inúmeros e diferenciados marcos temporais para sua contagem, interrupção e/ou suspensão.

Tenho que, ainda, não se possa falar em prescrição ou decadência de créditos reconhecidos administrativamente e não adimplidos. E, tampouco, negar a eles a devida correção monetária ou incidência de juros de mora.

Isto porque, a atualização monetária composta pela correção do valor da moeda e remuneração por meio dos juros é consectário lógico do regime econômico-jurídico vivenciado em nosso país. Não por menos, o Poder Judiciário já reconheceu em inúmeras decisões que a não formulação de pedido explícito pela parte da correção monetária e incidência de juros de mora em sua petição de ingresso não implica renúncia a tal direito, eis que o mesmo é considerado implícito ao pedido de condenação.

Ademais, compreendo que a simples formulação do pedido de pagamento das verbas ao qual entende ter direito implica, para efeitos de prescrição e decadência, em marco interruptivo e suspensivo da contagem destes prazos, sob pena de se

permitir que a Administração Pública, agindo com morosidade, venha a superar o prazo previsto em lei para a concretização do direito dos servidores.

Posto isso, ratifico o voto anteriormente proferido.

Por todo o exposto, acompanhando o posicionamento da unidade técnica, bem como do representante do Ministério Público Especial de Contas, reitero o **VOTO** proferido anteriormente na presente consulta, e, quanto ao **MÉRITO**, respondê-la nos termos aqui expostos.

Por fim, voto no sentido de que seja encaminhada ao consulente cópia deste voto, bem como da Instrução Técnica de Consulta 0008/2020-2, bem como o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à consideração.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Colegiada, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1. **CONHECER** da presente consulta;
2. **PRELIMINARMENTE**, e com fulcro no art. 294, §6º, da Resolução TCEES nº. 261/2013, não acolher o pedido de ingresso nos autos formulado pela Associação dos Magistrados do Estado do Espírito Santo – AMAGES, seja na qualidade de terceiro interessado, seja como *amicus curae*;
3. **NO MÉRITO**, respondê-la nos termos da ITC 0008/2020-2, em síntese, nos seguintes termos:
 - E. Sim. O termo inicial para a correção monetária e os juros de mora será o do surgimento do crédito. O índice para a correção monetária será o IPCA-E, com o percentual nele previsto ao longo do tempo. O índice para os juros de mora será o da caderneta de poupança, com o percentual nela previsto ao longo do tempo;
 - F. A base de cálculo será a remuneração vigente à época do surgimento do crédito (não do fato gerador, que pode ter ocorrido

antes). Observe-se que a correção monetária deve ser feita antes que se proceda ao cálculo dos juros de mora, que sobre ela incidem;

4. REVOGAR o item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001;
5. **ENCAMINHAR** à consulente cópia do Voto do Relator, bem como da Instrução Técnica de Consulta 9/2019-3;
6. **ARQUIVAR** os autos após o trânsito em julgado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES
Conselheiro Relator

VOTO VISTA 015/2021:

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

I. BREVE RELATÓRIO

Tratam os autos de Consulta formulada pelo Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, senhor Erick Musso.

Acolho, por sua fidedignidade o relatório do Eminentíssimo Conselheiro Relator Sérgio Manoel Nader Borges.

O Eminentíssimo Relator manifestou-se de acordo com a área técnica e o Ministério Público de Contas, acompanhando integralmente a Instrução Técnica de Consulta 00008/2020.

Em voto de Vista, o Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun por meio do Voto Vogal 00026/2020 (peça 17), manifestando-se em consonância com a área técnica e o Ministério Público de Contas, discordando, no entanto, em relação aos efeitos a serem dados ao novo entendimento trazido na presente Consulta:

*Entretanto, inauguro a **divergência** especificamente para discordar da instrução técnica quando dá a entender que a nova interpretação, ancorada no precedente dado pelo RE 870.947/SE, conteria **efeitos ex tunc**, fazendo crer que retroagiria à data da promulgação do dispositivo declarado inconstitucional. Vejamos:*

[...]

Ainda sobre o mencionado recurso extraordinário, houve diversos embargos de declaração postulando a modulação dos efeitos do acórdão para que o novo critério de correção monetária tivesse efeitos ex nunc, mas foram rejeitados por maioria. Assim sendo, os efeitos da decisão são ex tunc.

Como são diversos embargos de declaração, com decisões iguais, transcreveremos apenas a primeira, para não cansar o leitor:

Embargos rejeitados

TRIBUNAL PLENO

Decisão: (ED) O Tribunal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Luiz Fux (Relator), Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (Presidente). Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, que votaram em assentada anterior. Plenário, 03.10.2019.

[...]

De fato, e segundo informa a ITC 00008/2020-2, foram interpostos diversos embargos de declaração postulando a modulação de efeitos da decisão que elegeu o IPCA-E como o novo critério de correção monetária no RE 870.947/SE, tendo sido todos rejeitados por maioria. Por isso, concluiu a área técnica que os efeitos da decisão embargada seriam ex tunc.

*Realmente, a decisão foi embargada por sucessivas vezes e, em todas elas, o STF rejeitou o requerimento de modulação de efeitos, **na forma solicitada pelas partes**, entendendo que “o acórdão embargado contém fundamentação apta e suficiente a resolver todos os pontos do Recurso*

Extraordinário”, inexistindo omissão, contradição, obscuridade ou erro material no julgado.

Ocorre que, por si só, a rejeição dos embargos não autoriza a interpretação de que em algum momento tenha se fixado efeitos ex tunc, irrestritos e ilimitados, à nova interpretação.

Por fim, através do Voto 000359/2021 (peça 25), o Eminentíssimo Relator proferiu voto complementar reiterando o voto anteriormente proferido, com o acréscimo do indeferimento do pedido de ingresso nos autos, formulado pela AMAGES.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Solicitei vistas nos presentes autos, a fim de exarar meu entendimento acerca do assunto tratado na presente Consulta.

II.1. DA INAPLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO ADOTADO PELO STF NO RE 870.947

O entendimento trazido pela Área Técnica, encampado pelo Conselheiro Relator e no Voto Vista do Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Faria Chamoun, com a devida vênia, **não está em conformidade com a orientação do Supremo Tribunal Federal exarado no julgamento de recursos repetitivos no acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810 da Repercussão Geral)** e, consoante uma análise do Referido Recurso Extraordinário, verifica-se que ele não se aplica à situação sobre estudo, já que:

- a) O RE 870.947 trata da análise da constitucionalidade de uma Lei Federal (in casu, o art. 1º-F da Lei federal nº 9.494/97);
- b) A mencionada Lei “disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública” consoante seu art. 1º, verbis:

*Art. 1º Aplica-se à **tutela antecipada** prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.*

(Grifei)

- c) O dispositivo atacado pelo RE em comento (art. 1º-F) dispõe, verbis:

*Art. 1º-F. **Nas condenações impostas à Fazenda Pública**, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. (Redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009) (Vide ADIN 5348 - Decisão do STF declaração parcial de inconstitucionalidade)*

(Grifei)

- d) É cristalino que tais dispositivos legais se aplicam exclusivamente a condenações judiciais impostas à Fazenda Pública. Nesse sentido, o RE 870.947, o Tema 810 e farta jurisprudência, tanto do STF quanto do STJ. Vejamos:

Supremo Tribunal Federal

RE 870947

*Repercussão Geral – Mérito
Órgão julgador: Tribunal Pleno
Relator(a): Min. LUIZ FUX
Julgamento: 20/09/2017
Publicação: 20/11/2017
Ementa*

*Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE **CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA**. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos*

juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado. 2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. 3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIW, N.G. Macroeconomia. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. Macroeconomia. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. Macroeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29). 4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços. 5. Recurso extraordinário parcialmente provido.

(Grifei)

No mesmo passo, o Tema 810 e a tese que o ensejou:

810 - Validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, conforme previstos no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009.

Relator: **MIN. LUIZ FUX**

Leading Case: **RE 870947**

Há Repercussão **Sim**

Ver descrição [+]Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 102, caput, I, e 195, § 5º, da Constituição Federal, a validade, ou não, da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial – TR), conforme determina o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009. [-]

Ver tese [+]1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que

não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina

(Grifei)

RE 1302277

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 11/01/2021

Publicação: 13/01/2021

Decisão

...

Consoante o artigo 31 da Lei 10.741/03 c/c a Lei 11.430/06, precedida da MP nº 316/06, que acrescentou o artigo 41-A à Lei 8.213/91” (págs. 5-6 do documento eletrônico 19). Neste RE, fundado no art. 102, III, a e b, da Constituição Federal, alega-se, em suma, ofensa ao art. 100, § 12, da mesma Carta. A pretensão recursal não merece acolhida. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 870.947-RG/SE (Tema 810 da Repercussão Geral), concluiu que o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina a atualização monetária das **condenações impostas à Fazenda Pública** segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (art. 5º, XXII, da CF). Isso porque não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. Ademais, esta Corte, no julgamento dos embargos de declaração no RE 870.947-RG/SE, Redator para o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes, decidiu não modular os efeitos da decisão anteriormente proferida. Desse modo, o Plenário deste Tribunal

(Grifei)

RE 1001911

Relator(a): Min. EDSON FACHIN

Julgamento: 09/11/2016

Publicação: 11/11/2016 Decisão

...

E JUROS DE MORA. TRÂNSITO EM JULGADO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. FORMA DE APLICAÇÃO DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS MORATÓRIOS. 1. Embargos de Declaração opostos pelo Particular e pela União. O Primeiro aduziu existir omissão e obscuridade, quanto aos valores irrisórios indicados pela União, conduta esta que gera causa à mora processual, e em relação ao índice de correção monetária aplicado ao caso. A União argumentou haver omissão quanto ao disposto no art. 97, Constituição Federal, em relação à correção monetária e a incidência da Lei nº 11.960/09, até que o STF promova o julgamento do RE nº 870.847/SE. 2. O termo final para a incidência de juros moratórios na execução é o **trânsito em julgado da sentença proferida** em sede de embargos à execução, porquanto é ela que determina a data em que houve a liquidação do valor executado, isto é, o “quantum debeatur”. 3. Enquanto pendente de julgamento o REsp nº 870.947/SE, incluído em sede de repercussão geral, sobre os atrasados devem incidir juros de mora no percentual de 0,5% ao mês, e correção monetária nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal. 4. Incabível a invocação da cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da CF/88

(Grifei)

Superior Tribunal de Justiça

AgInt no AREsp 1292768 / ES

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
2018/0112407-6

Relator(a)

Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141)

Órgão Julgador

T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento

14/08/2018

Data da Publicação/Fonte

DJe 20/08/2018

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009) ÀS **CONDENAÇÕES SIMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA**. PRETENSÃO DE SOBRESTAMENTO E/OU MODULAÇÃO. NÃO CABIMENTO.

1. "A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índice diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de **precatório**" (REsp 1492221/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 20/03/2018 - acórdão submetido ao regime dos recursos repetitivos).

2. Agravo interno não provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Francisco Falcão (Presidente), Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

(Grifei)

AgRg nos EDcl no REsp 1384131 / PR

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2013/0124474-0

Relator(a)

Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141)

Órgão Julgador

T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento

22/05/2018

Data da Publicação/Fonte

DJe 29/05/2018

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 02/STJ. DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009) **ÀS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA. PRETENSÃO DE SOBRESTAMENTO E/OU MODULAÇÃO. NÃO CABIMENTO.**

1. "A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos
 2. **precatórios expedidos** ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório" (REsp 1492221/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 20/03/2018 - acórdão submetido ao regime dos recursos repetitivos).
2. Agravo interno não provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Francisco Falcão (Presidente) e Herma Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

(Grifei)

RESP 1492221 / PR 2014/0283836-2

Data do Julgamento: 22/02/2018

Data da Publicação: 20/03/2018

Órgão Julgador: S1 - PRIMEIRA SEÇÃO

Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141)

Ementa **PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 02/STJ. DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009) ÀS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA. CASO CONCRETO QUE É RELATIVO A CONDENAÇÃO JUDICIAL DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA.** " TESES JURÍDICAS FIXADAS. 1. Correção monetária: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável **nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública**, independentemente de sua natureza. 1.1 Impossibilidade de fixação apriorística da taxa de correção monetária. No presente julgamento, o estabelecimento de índices que devem ser aplicados a título de correção monetária não implica pré-fixação (ou fixação apriorística) de taxa de atualização monetária. Do contrário, a decisão baseia-se em índices que, atualmente, refletem a correção monetária ocorrida no período correspondente. Nesse contexto, em relação às situações futuras, a aplicação dos índices em comento, sobretudo o INPC e o IPCA-E, é legítima enquanto tais índices sejam capazes de captar o fenômeno inflacionário. 1.2 Não cabimento de modulação dos efeitos da decisão. A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015,

impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório. 2. Juros de mora: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), na parte em que estabelece a incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária. 3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação. 3.1 Condenações judiciais de natureza administrativa em geral. As condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E. 3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos. As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E. 3.1.2 Condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas. No âmbito das condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas existem regras específicas, no que concerne aos juros moratórios e compensatórios, razão pela qual não se justifica a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), nem para compensação da mora nem para remuneração do capital. 3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária. As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009). 3.3 Condenações judiciais de natureza tributária. A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN). Observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, é legítima a utilização da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices. 4. Preservação da coisa julgada. Não obstante os índices estabelecidos para atualização monetária e compensação da mora, de acordo com a natureza da condenação imposta à Fazenda Pública, cumpre ressaltar eventual coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices diversos, cuja constitucionalidade/legalidade há de ser aferida no caso concreto. " SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO. 5. No que se refere à alegada afronta aos arts. 128, 460, 503 e 515 do CPC, verifica-se que houve apenas a indicação genérica de afronta a tais preceitos, sem haver a demonstração clara e precisa do modo pelo qual tais preceitos legais foram violados. Por tal razão, mostra-se deficiente, no ponto, a fundamentação recursal. Aplica-se, por analogia, o disposto na Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia". 6. Quanto aos demais pontos, cumpre registrar que o presente caso refere-se a condenação judicial de natureza

previdenciária. Em relação aos juros de mora, no período anterior à vigência da Lei 11.960/2009, o Tribunal de origem determinou a aplicação do art. 3º do Decreto-Lei 2.322/87 (1%); após a vigência da lei referida, impôs a aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009). Quanto à correção monetária, determinou a aplicação do INPC. Assim, o acórdão recorrido está em conformidade com a orientação acima delineada, não havendo justificativa para reforma. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, c/c o art. 256-N e seguintes do RISTJ. Acórdão Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator". A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria (que se declarou habilitado a votar), Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho (voto-vista) e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator. Houve ressalva dos Srs. Ministros Sérgio Kukina e Gurgel de Faria. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.
(Grifei)

- e) Lado outro, o que se postula na consulta é a incidência de atualização monetária e juros de mora para os **pagamentos administrativos retroativos** a servidores públicos e terceiros.

Minha discordância encontra fundamento em não se “aplicar dado precedente vinculante por se reconhecer que a situação que se encontra *sub judice* não se equivale aos parâmetros de incidência do precedente”. (In <https://tagfroes.jusbrasil.com.br/artigos/189571757/voce-sabe-o-que-e-distinguishing-e-defiance>. Tagore Fróes. Consulta em 16.02.2021)

Um exemplo:

A Reclamação 9.360/DF (Rel. Min. Dias Toffoli. 1ª T. J. 30/09/2014) foi ajuizada contra ato do CNMP, por pretensa violação à súmula vinculante nº 10/STF e à ADI 3.227/MG. Alegava o reclamante que lhe fora aplicada a pena de demissão pelo CNMP por decisão colegiada de seis votos a três, o que afrontaria o quórum a SV 10. Ao decidir a causa, o STF verificou que a Súmula Vinculante 10 somente se aplica aos Tribunais, excluindo-se, portanto, de sua incidência o CNMP. Com efeito, o STF realizou um *distinguishing* na hipótese, ao observar que o quórum qualificado para a

declaração de inconstitucionalidade de dada norma (o que, no aludido caso foi determinante para a demissão) somente seria aplicável aos Tribunais (parâmetro de incidência): afastando a aplicação da SV 10 ao caso *sub judice* e, portanto, julgando a reclamação improcedente. (ibid)

Temos então que o Acórdão proferido no RE 870.947 trata especificamente de lei federal **que se aplica apenas a processos judiciais**, ao passo que a consulta sob análise trata de pagamentos realizados tão somente administrativamente e independentes de decisões judiciais.

Só esse fato já impede a aplicação de seus efeitos na esfera administrativa,

A simples leitura da Ementa do Recurso Extraordinário nº 870.947, da tese que ensejou o Tema 810 e da jurisprudência correlata, revela que o caso paradigma (no qual foi firmado o entendimento da Corte Suprema) dissocia-se do caso ora em julgamento (caso concreto). Afinal, em seu corpo, o STF expressou, em literalidade, no voto do Ministro Relator o âmbito de abrangência da questão jurídico-constitucional objeto do RE. verbis:

*[...] A questão jurídico constitucional versada nestes autos diz respeito à validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre **condenações impostas à Fazenda Pública** segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança, **conforme determina o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97**.*

(Grifei)

Repete-se: É indubitável que o art. 1º-F da Lei Federal 9494/67 (que trata de processos judiciais envolvendo a Fazenda Pública) se refere exclusivamente a condenações judiciais, decorrentes, evidentemente, de decisões judiciais transitadas em julgado.

Corroborando com essa assertiva as manifestações do Ministro Relator desse indigitado RE 870.947 excertos extraídos de seu voto condutor, verbis:

...A presente controvérsia, apesar de em grande medida sobreposta ao tema julgado pelo Plenário nas ADIs nº 4.357 e 4.425, revela algumas sutilezas formais adiante explicadas, sobretudo na hipótese da correção

monetária, razão pela qual evitei tratar este caso como mera reafirmação de jurisprudência. Não obstante isso, adianto que, sob a perspectiva material, não vislumbro qualquer motivo para que a Corte se afaste das premissas e conclusões prevalecentes no julgamento das referidas ações diretas.

...

No julgamento das ADIs nº 4.357 e 4.425, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a fixação dos juros moratórios com base na remuneração da caderneta de poupança apenas quanto aos precatórios de natureza tributária.

...

*Segundo a dicção da Súmula Vinculante nº 17 do STF, “durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos”. **Destarte, a prolação da decisão condenatória configura o único momento do processo judicial em que são fixados juros moratórios sobre débitos da Fazenda Pública.** Não havendo incidência de juros em outras oportunidades, imperioso entender que a decisão do Supremo Tribunal Federal nas ADIs nº 4.357 e 4.425, ao aludir a “precatórios” de natureza tributária, volta-se, a rigor, para as **condenações** impostas à Fazenda Pública, isto é, para a fixação dos juros moratórios ao final da fase de conhecimento do processo judicial.”*

(Grifei)

Também cristalino que tais proposições se aplicam em precatórios, oriundos de condenações judiciais, NÃO se aplicando ao caso vertente, que envolve o pagamento administrativo retroativo (sem processos judiciais).

Vemos que o RE antes referido, não faz mais do que reconhecer a argumentação exposta acima de que o Tema 810 não se aplica na esfera administrativa, mas às condenações judiciais, até porque a Lei Federal 9494/97 é um ato normativo do Direito Processual.

Fosse ela uma norma do Direito Administrativo, como quer fazer entender a Área Técnica, não poderia ser aplicada aos Estados, em obediência ao comando do art. 18 de nossa Carta Magna.

II.2. MANUTENÇÃO DO ITEM 3 DO PARECER EM CONSULTA TC 29/2001. O ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DOS DÉBITOS ADMINISTRATIVOS DEVE SER DEFINIDO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Em que pese, os votos anteriormente proferidos serem pela revogação do item 3 do Parecer Consulta TC 029/2001, entendo que, por ser aqui inaplicável o entendimento do STF adotado no RE nº 870.947 e considerando a autonomia

administrativa e financeira do ente federado, o posicionamento veiculado no item 3 do Parecer Consulta TC 029/2001 deve ser mantido.

Ao responder indagação sobre se os débitos de servidores poderão ser corrigidos e qual o índice adotado, esta E. Corte de Contas entendeu no Parecer Consulta TC 029/2001 (processo TC 1338/2001) que:

“Desta forma, resta isenta de dúvidas a necessidade de ser aplicada a correção dos valores pecuniários devidos, especialmente ante ao seu caráter alimentício, restando apenas que se defina o índice de correção a ser aplicado. Não existe qualquer obrigatoriedade em ser adotado este ou aquele índice de correção porventura atualmente utilizado por esta ou aquela instituição, órgão ou entidade pública, residindo na autonomia municipal estipular a adoção, via autorização legislativa, de um destes índices de acompanhamento econômico existentes no mercado financeiro, especialmente quando decorrentes de atuação de universidades, fundações e autarquias, os quais são naturalmente idôneos e isentos de parcialidade.”

Esse posicionamento persiste, na atualidade, considerando a autonomia administrativa e financeira prevista no art. 18 do CRFB⁴, que confere aos entes federados, incluído, naturalmente, os Estados, a capacidade para editar leis e praticar atos administrativos referentes a gestão de pessoal, incluindo definições afetas ao pagamento de seus servidores. A respeito do tema, existem várias decisões do STF.⁵

O entendimento quanto à autonomia dos entes federados em questões afetas à remuneração de servidores públicos foi, exatamente, o que ensejou o STF a editar a Súmula vinculante nº 42/STF, que prevê que: *“É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária”*.

⁴ “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

⁵ “A autonomia constitucional reconhecida ao Distrito Federal, que lhe confere a prerrogativa de dispor, em sede normativa própria, sobre o regime jurídico dos seus servidores civis, impede que se estendam, automaticamente, ao plano local os efeitos pertinentes a política de remuneração estabelecida pela União Federal em favor dos seus agentes públicos.” [RE 177.599, rel. min. Celso de Mello, j. 30-8-1994, 1ª T, DJ de 20-4-1995.]

Lado outro, no julgamento do RE nº 870.947, **que, repito**, não se aplica ao caso, ocorreu uma situação peculiar, em que um índice fixado em lei federal (caderneta de poupança) foi reconhecido como inadequado, o que obrigou, pontualmente, o STF a indicar um índice para aquela situação específica submetida a apreciação judicial.

Daí, e apenas daí o surgimento do IPCA no assunto em discussão.

Portanto, não existe uma obrigatoriedade de adotar o IPCA para atualização. Existem vários índices que são adequados para refletir a perda do poder da moeda (Índice Nacional de Preços ao Consumidor-INPC, Índice de Preços ao Consumidor-IPC, etc.), cabendo a Administração Pública adotar o índice que reputar mais adequado, com base em sua autonomia.

II.3. DA INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA NO PAGAMENTO ADMINISTRATIVO RETROATIVO

Em princípio, anota-se que esta Corte de Contas não tratou do tema específico objeto desta consulta preteritamente no que toca aos juros moratórios, como salientado pela própria área técnica (Estudo Técnico de Jurisprudência 00004/2020-4), cabendo realizar prévias considerações sobre dois pareceres lavrados por esta Corte:

- a) O entendimento adotado no Parecer Consulta TC 010/2018 – Plenário (TC-10334/2016 - atrelado a ressarcimento ao erário) envolve situação fática (alicerces fáticos) e jurídica (análise de artigo específico da Lei Orgânica do Tribunal de Contas) distinta do caso concreto, não se aplicando ao tema em análise nestes autos; e
- b) A orientação perfilhada no Parecer Consulta TC 003/2014 – Plenário (TC-6697/2008) foi direcionada a processos judiciais, como consignado na conclusão da consulta: “Por todo o exposto, sugere-se o conhecimento da presente consulta, para no mérito concluir da seguinte forma acerca da taxa de juros incidentes sobre as condenações em face da Fazenda Pública, desde que não relacionadas a processos trabalhistas: (...)”

Feito esse breve esclarecimento, por meio do qual infere-se que as considerações expostas não afetam as conclusões dos Pareceres Consulta TC-010/2018 e 003/2014, adentra-se na realização de considerações a respeito do caso em exame. A maioria esmagadora das hipóteses de pagamento retroativos envolve pretensões de servidores públicos a concessão de diferenças ou de benefícios, que dependem da instauração de processos administrativos e a prática de atos decisórios. Em alguns casos, a concessão de direitos depende de processos abreviados, mas que não são (e nem poderiam ser) automáticos (uma coisa é dizer que o ato é vinculado, e outra que ele necessariamente é automático). Em outros casos, o pedido é complexo e depende da análise por diferentes setores públicos, podendo demandar o exame do próprio órgão de assessoramento jurídico. Os casos demonstram a iliquidez do crédito dos servidores, o que afasta a possibilidade de incidência de juros de mora.

Dispõe o art. 394 do Código Civil que “*Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.*” Esta norma também está presente em outros dispositivos desse Código, surgindo a relevância na realização da distinção entre a **mora ex re** e a **mora ex persona**:

a) *mora ex re (mora automática)*: ocorre em situações em que a obrigação é positiva, líquida (certa quanto a existência e **quanto ao valor**) e com data certa para adimplemento, sendo que a mora ocorrerá de maneira automática;

e

b) *mora ex persona (mora pendente)*: ocorre nas obrigações ilíquidas e quando não existir um termo final estipulado para a obrigação assumida, de maneira que a caracterização do atraso depende de providências do credor.

Assim sendo, os pagamentos administrativos retroativos para servidores são qualificados como *mora ex persona*, pois, conforme nota-se pelos exemplos citados acima, o valor do crédito do servidor não é líquido (depende de apuração administrativa para quantificação do valor a ser pago) e não há data fixada para o

pagamento (a legislação não impõe uma data para que a Administração Pública efetue o pagamento, salvo exceções específicas).

Quanto a essa ausência de data fixada para o pagamento, destaca-se que o fato de a lei exatamente dizer que determinado benefício será concedido a partir de certa data apenas assegura o direito retroativo e não significa que existe uma data para o pagamento. Existem, portanto, dois elementos (liquidez e data fixa para adimplemento) que geram o enquadramento do pagamento retroativo como *mora ex persona*.

Tratando-se, como é o caso, de mora ex persona, vemos que os juros dela decorrentes (juros moratórios) tem início apenas a partir da citação, efetuada no âmbito do processo judicial, conforme disposto no art. 405 do CC, que prescreve que: “Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.” Em linha semelhante, o art. 240 do Código de Processo Civil de 2015⁶.

Em julgamento em processo judicial que envolveu o pagamento em atraso de servidores públicos, o E. TJES entendeu que: “Os juros moratórios, em se tratando de atraso no pagamento de vencimentos devem incidir desde a citação. Precedentes do STJ.”⁷

A respeito do tema, o STJ já proferiu várias decisões a respeito do pagamento retroativo administrativo de servidores públicos e da incidência dos juros a partir da citação.⁸⁻⁹ Vejamos o seguinte precedente que ilustra o entendimento sobre o tema:

*RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. **SERVIDOR ESTADUAL. PAGAMENTO EFETUADO COM ATRASO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. Da combinação dos arts. 219 do CPC e 1536, § 2º do Código Civil, e nos termos de farta jurisprudência desta Corte, os juros moratórios são devidos a contar da citação válida.** Cuidando-se de dívida de natureza alimentar, a correção monetária deve-se dar a contar desde quando devido o pagamento. Precedentes. Recurso parcialmente provido no tocante aos juros. (STJ,*

⁶ “Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). (...)”

⁷ TJES, Classe: Apelação, 024000058230, Relator : CARLOS SIMÕES FONSECA, Órgão julgador:

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 14/08/2012, Data da Publicação no Diário: 23/08/2012

⁸ Cf. ainda: AgRg no REsp 1055340/SP, Rel. Ministro OGFERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 17/09/2013

⁹ O entendimento suscitado acima quanto à aplicação dos juros de mora a partir da citação foi aplicado em recente precedente do STJ (2019) envolvendo pretensão ao pagamento de diferenças referentes à contrato administrativo (STJ, AgInt no REsp 1776787/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 15/04/2019)

REsp 437.443/MS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2003, DJ 31/03/2003, p. 250) (grifo nosso)

ALIÁS, O STJ PROLATOU, POR MEIO DE SUA TERCEIRA SEÇÃO, PRECEDENTE COM BASE NA SISTEMÁTICA DE RECURSOS REPETITIVOS (ART. 543-C DO CPC DE 1973, ATUAL ART. 1.036 DO CPC DE 2015) REAFIRMANDO SEU POSICIONAMENTO QUANTO AO TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS, NO PAGAMENTO DE DIFERENÇAS PECUNIÁRIAS A SERVIDOR PÚBLICO, CORRESPONDER À CITAÇÃO (Tema Repetitivo 23).

Vejamos sua ementa:

*DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA REPETITIVA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. FATOR DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA - FAM. RECONHECIMENTO ADMINISTRATIVO. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. **JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. CITAÇÃO.** BASE DE CÁLCULO. VALOR NOMINALMENTE CONFESSADO PELA ADMINISTRAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.*

1. O ato administrativo que reconhece a existência de dívida interrompe a contagem do prazo prescricional, recomeçando este a fluir apenas a partir do último ato do processo que causou a interrupção. Inteligência do art. 202, VI, e parágrafo único, do Código Civil.

2. Importa em interrupção da prescrição a confissão realizada por meio de certidão individual emitida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acerca da existência de dívida de valor consolidado em favor de servidor público integrante de seu respectivo Quadro, relativa ao Fator de Atualização Monetária - FAM utilizado na correção dos vencimentos pagos em atraso no período de 1989 a 1994.

3. Tendo a Administração admitido a existência de dívida de valor consolidado, sem, contudo, estipular prazo para seu pagamento, torna-se inaplicável a regra prevista no caput do art. 397 do Código Civil, devendo os juros moratórios incidir a partir da citação, nos termos do art. 397, parágrafo único, c.c 405 do Código Civil e 219, caput, do CPC, calculados sobre o montante nominalmente confessado.

4. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para determinar a incidência dos juros moratórios a partir da citação.

(STJ, REsp 1112114/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/09/2009, DJe 08/10/2009) (grifo nossos)

Ad argumentando, não é aplicado o entendimento veiculado na Súmula 54 do STJ (“Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.) em casos como o vertente, pois, conforme decidido pelo STJ em recurso envolvendo o pagamento de salários em atraso de servidor pela Fazenda Pública, no qual reafirmou a incidência dos juros a partir da citação, “as prestações salariais vencidas e não pagas, além da natureza alimentar do débito, revela um

vínculo de natureza estatutária preexistente entre o servidor e o Estado, o que afasta, por completo, a aplicação do referido enunciado.”¹⁰

Se for adotado o entendimento perfilhado pela área técnica desta Corte de Contas (quanto aos juros a partir do surgimento do crédito), será vantajoso, financeiramente, deixar de efetuar o pagamento na esfera administrativa, aguardando a judicialização da questão, pois a eventual condenação judicial daqueles que propuserem a ação (que não são todos), gerará um termo inicial dos juros mais favorável (desde a citação) que o pagamento administrativo. Esse exemplo teórico mostra a inadequação da orientação perfilhada pela área técnica.

Portanto, não há que se falar em juros de mora na esfera administrativa.

II.4. NOVO ENTENDIMENTO DESTA CORTE DE CONTAS SOMENTE PODE SER APLICADO PARA OS DÉBITOS ADMINISTRATIVOS SUPERVENIENTES À PUBLICAÇÃO DO PARECER EM CONSULTA POR FORÇA DOS ARTS. 23 E 24 DA LINDB.

Apesar da análise deste item estar prejudicada, uma vez que entendo pela não incidência de juros de mora na esfera administrativa, entendo relevante discorrer acerca da modulação dos efeitos em caso de entendimento pelo Colegiado da incidência dos mesmos, em observância ao art. 23 da Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro, recentemente introduzido pela Lei nº 13.655/2018, que estabelece que “A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.”

A respeito do art. 23 da LINDB e o “poder-dever de previsão de um regime de transição”, Marques Neto afirma que o dispositivo traz a ideia de “modulação dos efeitos e de um diferimento temporal da aplicação da decisão nova.” Afirma que a ideia de eficácia diferida já é assentada no ordenamento jurídico, exatamente na

¹⁰ Cf. ainda AgRg no Ag 474.721/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 22/04/2008

hipótese de inconstitucionalidade de normas, destacando que o artigo da LINDB busca “ampliar o dever de transição em prol da segurança jurídica, evitando surpresas”. Aliás, o exemplo citado pelo professor da USP envolve, exatamente, a regra de transição no caso de mudança de interpretação pelo Tribunal de Contas.¹¹ Colaciono o trecho que trata do tema:

“Assim, por exemplo, quando um Tribunal de Contas muda seu entendimento sobre o que deve e o que não deve ser computado nos gastos obrigatórios com educação nas contas públicas, a alteração de entendimento sobre a licitude ou ilicitude de um gasto deverá vir acompanhada de uma regra de transição para que o destinatário, governo estadual ou municipal, se adapte a ponto tal de absorver e implantar a interpretação novel.”¹²

A modulação encontra, igualmente, ressonância no caput e no parágrafo único do art. 24 da LINDB, que preveem que: “A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas” e que “Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”.

Nesse passo, na hipótese de mudança, o que somente como argumento se admite, que o novo entendimento somente seja aplicado para pagamentos administrativos retroativos referentes a verbas/direitos que surgirem a partir da publicação do acórdão do presente parecer consulta, não abrangendo pagamentos já efetuados e pagamentos pendentes de concretização referentes a direitos anteriores já reconhecidos a publicação do acórdão do parecer consulta.

III. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

¹¹ MARQUESNETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB. O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 106-107, nov. 2018.

¹² Ibid., p. 107.

Por todo e exposto, divirjo do entendimento da área técnica, do Ministério Público de Contas, do eminente relator e acompanho em partes a manifestação exarada pelo voto vista do Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun e VOTO no sentido que o Plenário aprove a seguinte proposta de deliberação:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACÓRDAM os conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Plenária, em:

1. **CONHECER** a Consulta e respondê-la nos seguintes termos:

- 1.1. Não é possível a incidência de juros de mora no caso do pagamento retroativo na esfera administrativa e deverá ser definido pela administração pública o índice de atualização monetária adequado, em obediência à autonomia constitucional dos entes federados, observada a remuneração vigente à época do fato gerador;
2. Pela manutenção do item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001;
3. Encaminhar à consulente cópia do Parecer em Consulta formulado após deliberação plenária;
4. Arquivar os autos após o trânsito em julgado.

Sergio Aboudib Ferreira Pinto

Conselheiro

VOTO VOGAL 008/2021:

O EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN:

I RELATÓRIO

A presente consulta foi formulada pelo presidente da Assembleia Legislativa deste Estado, Deputado Erick Cabral Musso, indagando a respeito da incidência de correção monetária e de juros moratórios sobre pagamentos retroativos a serem feitos a servidores e a terceiros com base em decisão administrativa (petição inicial 00079/2020-2 – peça 02).

Instruído o feito, manifestou-se o conselheiro relator pela sua admissibilidade (Despacho 03834/2020-2 – peça 04), tendo, em seguida, o Núcleo de Jurisprudência

e Súmula (NJS) informado sobre a existência de deliberação que abordaria parcialmente o tema, apontando o Parecer em Consulta 29/2001 (Estudo Técnico de Jurisprudência 00004/2020-4 – peça 6).

Quanto mérito da consulta, sem divergência, manifestaram-se o Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas (NRC), o Ministério Público Junto ao Tribunal de Contas (MPC) e o conselheiro relator (Instrução Técnica de Consulta 00008/2020-2, Parecer do MPC 03171/2020-4 e Voto do Relator 03518/2020-5 - peças 08, 13 e 16).

O Relator manifestou-se de acordo com o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, em que acompanhou integralmente a Instrução Técnica de Consulta, nos seguintes termos:

[...]

1. CONHECER da presente consulta, e quanto ao **MÉRITO**, respondê-la nos termos da ITC 0008/2020-2, em síntese, nos seguintes termos:

A. Sim. O termo inicial para a correção monetária e os juros de mora será o do surgimento do crédito. O índice para a correção monetária será o IPCA-E, com o percentual nele previsto ao longo do tempo. O índice para os juros de mora será o da caderneta de poupança, com o percentual nela previsto ao longo do tempo;

B. A base de cálculo será a remuneração vigente à época do surgimento do crédito (não do fato gerador, que pode ter ocorrido antes). Observe-se que a correção monetária deve ser feita antes que se proceda ao cálculo dos juros de mora, que sobre ela incidem.

2. REVOGAR o item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001;

3. ENCAMINHAR à consulente cópia do Voto do Relator, bem como da Instrução Técnica de Consulta 9/2019-3;

4. ARQUIVAR os autos após o trânsito em julgado.

Por sua vez, na forma do voto vogal 00026/2020-1 (peça 17) inaugurei a **divergência** especificamente para discordar da instrução técnica quando dá a entender que a nova interpretação, ancorada no precedente dado pelo RE 870.947/SE, conteria **efeitos ex tunc**, fazendo crer que retroagiria à data da promulgação do dispositivo declarado inconstitucional.

Nesse passo, apresentei o Voto, acompanhando majoritariamente o entendimento técnico e ministerial, bem como o voto proferido pelo conselheiro relator, contudo

divergindo quanto aos efeitos a serem dados ao novo entendimento, cuja proposta de deliberação foi nos seguintes termos:

[...]

III.1 **CONHECER** a consulta para **RESPONDÊ-LA** nos seguintes termos:

III.1.1 Os pagamentos retroativos a servidores e a terceiros, quando reconhecidos por decisão administrativa, estão sujeitos à incidência de correção monetária e de juros moratórios, considerando-se o termo inicial para sua aplicação a data do surgimento do crédito, aplicando-se, a partir de 26.03.2015, o IPCA-E como índice para correção monetária e a remuneração a caderneta de poupança como critério para os juros de mora, preservando-se os atos administrativos e as situações jurídicas já consolidadas sob a égide da legislação então vigente e de orientação interpretativa anteriormente aplicável, bem como respeitado o prazo quinquenal e prescrição para reconhecimento do crédito;

III.1.2 Atendido o disposto no item III.1.1, a base de cálculo no caso de pagamento retroativo a servidores públicos será a remuneração vigente à época do surgimento do crédito, acrescida primeiramente da correção monetária e, em seguida, ao cálculo dos juros de mora, que sobre ela incidem;

I.2 **REVOGAR** o item 3, do Parecer em Consulta TC 29/2001;

III. 3 Dar **CIÊNCIA** ao consulente, na forma regimental;

III. 4 **ARQUIVAR**

Como se vê, o relator apresentou um voto complementar (peça 25) em que ratificou o voto anteriormente apresentado, indeferiu o pleito da Associação dos Magistrados do Estado do Espírito Santo – AMAGES, mantendo assim o entendimento de mérito por ele proferido.

Consigna ainda nos autos o Voto Vista do Conselheiro Sérgio Abudib Ferreira Pinto (peça 26) em que divergindo do entendimento da área técnica, do Ministério Público de Contas, do eminente relator, acompanhou em parte a manifestação exarada no voto vogal por mim proferido, apresentando a seguinte proposta de deliberação:

[...]

1. **CONHECER** a Consulta e respondê-la nos seguintes termos:

1.1. Não é possível a incidência de juros de mora no caso do pagamento retroativo na esfera administrativa e deverá ser definido pela administração pública o índice de atualização monetária adequado, em obediência à autonomia constitucional dos entes federados, observada a remuneração vigente à época do fato gerador;

2. Pela manutenção do item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001;

3. Encaminhar à consulente cópia do Parecer em Consulta formulado após deliberação plenária;
4. Arquivar os autos após o trânsito em julgado

II FUNDAMENTOS

Primeiramente, parablenizo o Conselheiro Sérgio Aboudib pelo voto preciso e esclarecedor, que trouxe à lume uma nova perspectiva acerca do tema debatido, cujos fundamentos e argumentos também passo a me filiar, notadamente no que respeita à necessidade de se observar o princípio da autonomia, positivado no art. 18 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nessa senda, sem ignorar as características de generalidade, abstração e prospecção que emanam do instituto da Consulta, na forma concebida na Lei Complementar 621, de 08 de março de 2012 que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo e na Resolução 261, de 04 de junho de 2013 que aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, retifico o voto vogal 00026/2020-1 (peça 17) por mim proferido e proponho algumas inserções, tão somente, com o fito de estabelecer maior concretude às deliberações contidas na parte dispositiva do voto do eminente Conselheiro Sérgio Aboudib, (frise-se que as mesmas sob o arquétipo da Consulta não merecem reparos), **eis que é de se supor que alguns de nossos jurisdicionados provavelmente não dispõem de norma a regulamentar o tema, nos moldes como inquirido e respondido, recaindo sobre esta Corte, o dever de indicar solução para as situações já consolidadas e que porventura não tenham legislação específica sobre correção monetária e juros de mora a serem pagos administrativamente.**

Nesse passo, **acerca da correção monetária**, há que se reconhecer a inexistência de normas, ao menos no âmbito estadual regulando as relações jurídicas travadas entre servidores públicos e a administração, bem como aquelas celebradas entre terceiros e o poder público. Nesta vertente, diante desse quadro fático duas aparentes soluções se apresentam:

- (1) Editar norma, operando efeito retroativo, ou
- (2) Aplicar analogicamente norma estadual que disponha sobre qualquer tipo de correção monetária em favor da própria fazenda pública, quando não adimplida as obrigações dos particulares no tempo assinalado pela legislação.

Assim, parece-me que a segunda solução melhor se harmoniza ao sistema normativo na medida que, conquanto, não vedada expressamente pelo sistema a retroatividade das normas jurídicas se impõe como medida excepcional e mais, a função legislativa não tem caráter compulsório, podendo acarretar indefinidamente o vácuo nas relações jurídicas sujeitas à correção, como também a prescrição deste direito.

Lado outro, haveria paridade de tratamento entre a fazenda pública com servidores e particulares quando utilizasse o mesmo indexador para corrigir tanto seus créditos quanto seus débitos a serem quitados ainda na esfera administrativa.

Portanto, a efetividade do princípio da autonomia só se estabelece no caso concreto quando no ordenamento jurídico do mesmo ente federativo se utiliza critérios técnicos e razoáveis a medida mais adequada à satisfação do interesse público, resguardados os direitos de terceiros (incluindo os servidores).

Desse modo, em **âmbito estadual**, a fim de dirimir as questões pendentes de incidência de correção monetária, recomenda-se a adoção da **Valor de Referência do Tesouro Estadual - VRTE** estipulada pela Lei 6.556, de 28 de dezembro de 2000¹³ e no **âmbito municipal**, o **indexador equivalente** que promova a correção monetária dos créditos de natureza tributária devidos à fazenda pública desde que não prescritos.

Ainda sobre a correção monetária, recomenda-se aos entes que vierem a legislar sobre o tema para o futuro, que se abstenham de adotar a caderneta de poupança como indexador, já que o Supremo Tribunal Federal – STF, analisando a constitucionalidade de Lei Federal (*in casu*, o art. 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97)

¹³ Art. 2º. Fica criado o Valor de Referência do Tesouro Estadual do Estado do Espírito Santo – VRTE -, para fins de atualização dos créditos do Estado do Espírito Santo.

que a instituirá como parâmetro de correção monetária, propugnou pelo entendimento de que esta não garante a correção efetiva, na forma do **Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810 da Repercussão Geral)**.

Assim sendo, conclui-se que à mingua de norma estabelecendo a correção dos créditos administrativos de servidores e terceiros devidos pelas fazendas públicas de Estado e Municípios que se utilize o indexador definido nas respectivas legislações para correção dos créditos tributários devidos a estas, até edição de lei própria tratando **especificamente** da matéria objeto da consulta, hipótese em que se recomenda a não adoção da caderneta de poupança como indexador.

Com efeito, e aqui penso que estarei dissentindo do voto do Conselheiro Sérgio Aboudib, entendo que todos os débitos administrativos a serem objeto de correção monetária **a partir da publicação deste parecer em consulta, mesmo que versem sobre direitos reconhecidos, podem ser corrigidos pelo indexador aqui sugerido (VRTE ou o que lhe faça as vezes no âmbito municipal)** eis que não haverá ofensa à legalidade estrita. Para tal, sugere-se que o Poder Executivo de Estado e Municípios adotem ato expresso nesse sentido, com ampla publicidade, a fim de demonstrar de forma inequívoca como pretendem tratar o tema, até ulterior deliberação legal.

Ainda na mesma hipótese, aos entes que se encontrarem nessa situação fática (falta de norma), para as relações já constituídas e pendentes de pagamento, se exige a motivação do indexador adotado, caso diverso do ora sugerido, a fim de propiciar o controle da razoabilidade a cargo desta Corte.

Por fim, **relativamente aos juros de mora, coaduno do entendimento esposado pelo Conselheiro Sérgio Aboudib, defendendo a não incidência dos mesmos em sede administrativa**, de sorte que todo e qualquer pagamento que esteja sendo efetuado a tal título por órgãos e entidades jurisdicionados desta Corte deve cessar, a menos que fundamentado em norma específica do respectivo ente federativo.

Ainda sobre o tema, entendo que o Parecer em Consulta 03/2014 deva sim ser revogado expressamente, uma vez que, naquela ocasião, o questionamento

formulado não especificou se visava à obtenção de esclarecimentos sobre juros moratórios em face de decisões administrativa ou judiciais, sendo respondido à época tão somente aqueles que tinham ocorrido já na fase judicial.

Por fim, entendo pela manutenção do item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001, conforme sugerido no Voto Vista 00015/2021-1 (peça 26) pelo Conselheiro Sérgio Aboudib.

Diante do exposto, retificando o entendimento anteriormente por mim apresentado, o que se pretende, em suma, recomendar aos entes jurisdicionados desta Corte que os pagamentos retroativos a servidores e a terceiros que não tenham legislado sobre o tema (correção monetária), quando reconhecidos por decisão administrativa, adotem o **Valor de Referência do Tesouro Estadual – VRTE, em âmbito estadual** e no **âmbito municipal**, o **indexador equivalente** que promova a correção monetária dos créditos de natureza tributária devidos à fazenda pública.

Nesse contexto, todos os débitos administrativos a serem objeto de correção monetária **a partir da publicação deste parecer em consulta e do ato ratificador desta recomendação, adotado pelos chefes de executivos, de cada ente, mesmo que versem sobre direitos reconhecidos, podem ser corrigidos pelo indexador aqui sugerido (VRTE ou o que lhe faça as vezes no âmbito municipal).**

III PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Diante do exposto, e com base na competência outorgada pelo inciso XVII, do art. 13, da Lei Orgânica do TCEES e pelo inciso XIX, do artigo 20, da Resolução TC 261, de 4 de junho de 2013 (RITCEES), acompanho o entendimento exposto no voto do conselheiro Sérgio Aboudib, acrescentando outros esclarecimentos que julgo serem necessários sobre a solução para as situações já consolidadas e que porventura não tenham legislação específica sobre correção monetária e juros de mora a serem pagos administrativamente, e VOTO no sentido de que o Plenário aprove a seguinte proposta de deliberação:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão plenária, em:

III.1 **CONHECER** a consulta para **RESPONDÊ-LA** nos seguintes termos:

III.1.1 Os pagamentos retroativos a servidores e a terceiros quando reconhecidos por decisão administrativa, não estão sujeitos à incidência de juros de mora e quanto à correção monetária nos entes jurisdicionados desta Corte que não tenham legislado sobre o tema (correção monetária), recomenda-se que adotem o **Valor de Referência do Tesouro Estadual – VRTE, em âmbito estadual e no âmbito municipal, o indexador equivalente** que promova a correção monetária dos créditos de natureza tributária devidos à fazenda pública desde que não prescritos;

III.1.2 Todos os débitos administrativos, desde que não prescritos, a serem objeto de correção monetária **a partir da publicação deste parecer em consulta e do ato ratificador desta recomendação, adotado pelos chefes de executivos, de cada ente, mesmo que versem sobre direitos reconhecidos, podem ser corrigidos pelo indexador aqui sugerido (VRTE ou o que lhe faça as vezes no âmbito municipal)**;

III.1.3 Na hipótese do item anterior, aos entes jurisdicionados que não adotarem a recomendação supra, devem igualmente publicar ato formal estabelecendo o indexador adotado;

III.1.4 Sugere-se aos entes que vierem a legislar sobre o tema para o futuro, que se abstenham de adotar a caderneta de poupança como indexador, já que o Supremo Tribunal Federal – STF, analisando a constitucionalidade de Lei Federal (in casu, o art. 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97) que a instituía como parâmetro de correção monetária, propugnou pelo entendimento de que esta não garante a correção efetiva, na forma do **Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810 da Repercussão Geral)**.

II.2 **REVOGAR** o Parecer em Consulta 03/2014 e **MANTER** o item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001;

III.3 Dar **CIÊNCIA** ao consulente, na forma regimental;

III.4 **ARQUIVAR.**

Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

Conselheiro Presidente

VOTO COMPLEMENTAR DO RELATOR 02158/2021-5

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

I – RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelo Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, Sr. Erick Cabral Musso, acerca dos quesitos a seguir:

- a) Os pagamentos retroativos a servidores e terceiros, quando reconhecidos por decisão administrativa, estão sujeitos à incidência de correção monetária e de juros moratórios? Em caso afirmativo, quais os critérios (termo inicial, índices, percentuais) aplicáveis a tais pagamentos?
- b) No caso de servidores públicos, qual seria a base de cálculo para eventual incidência de juros de moratórios (*sic*) e atualização monetária, a remuneração vigente à época do fato gerador ou a data do efetivo pagamento (art. 70, § 2º, LC nº 46/94)?

Seguindo-se os trâmites regimentais, este Relator encaminhou os autos para Estudo Técnico de Jurisprudência, que identificou o Parecer em Consulta TC 29/2001, em que se responde parcialmente a esta consulta. Em seguida, foram encaminhados os autos ao Núcleo de Controle Externo e Consultas que, sugerindo a admissão e conhecimento da mesma, concluiu, em síntese, nos seguintes termos:

IV. RESPOSTAS AOS QUESITOS

A partir do arrazoado até aqui discutido, respondemos aos quesitos nos seguintes termos:

- a) Sim. O termo inicial para a correção monetária e os juros de mora será o do surgimento do crédito. O índice para a correção monetária será o IPCA-

E, com o percentual nele previsto ao longo do tempo. O índice para os juros de mora será o da caderneta de poupança, com o percentual nela previsto ao longo do tempo.

b) A base de cálculo será a remuneração vigente à época do surgimento do crédito (não do fato gerador, que pode ter ocorrido antes). Observe-se que a correção monetária deve ser feita antes que se proceda ao cálculo dos juros de mora, que sobre ela incidem.

V. CONCLUSÃO

Diante das razões fáticas e jurídicas expostas na presente instrução, opina-se por conhecer da presente consulta para:

Revogar o item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001;

Responder à consulta nos termos do item IV. RESPOSTAS AOS QUESITOS.

Após, manifestou-se o ministério Público Especial de Contas, por meio de seu representante Dr. Luís Henrique Anastácio da Silva, anuindo ao entendimento da unidade técnica

Durante a 40ª Sessão Ordinária do Plenário, proferi voto concluindo nos termos seguintes:

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Colegiada, ante as razões expostas pelo Relator, em:

5. CONHECER da presente consulta, e, quanto ao **MÉRITO**, respondê-la nos termos da ITC 0008/2020-2, em síntese, nos seguintes termos:

G. Sim. O termo inicial para a correção monetária e os juros de mora será o do surgimento do crédito. O índice para a correção monetária será o IPCA-E, com o percentual nele previsto ao longo do tempo. O índice para os juros de mora será o da caderneta de poupança, com o percentual nela previsto ao longo do tempo;

H. A base de cálculo será a remuneração vigente à época do surgimento do crédito (não do fato gerador, que pode ter ocorrido antes). Observe-se que a correção monetária deve ser feita antes que se proceda ao cálculo dos juros de mora, que sobre ela incidem.

REVOGAR o item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001;

6. ENCAMINHAR à consulente cópia do Voto do Relator, bem como da Instrução Técnica de Consulta 9/2019-3;

7. ARQUIVAR os autos após o trânsito em julgado.

Seguiram-se pedidos de vista formulados pelos Conselheiros Sebastião Ranna de Macedo, Domingos Augusto Taufner tendo, por fim o Conselheiro Rodrigo Chamoun, proferido voto vogal em divergência ao voto do Relator.

Em seu voto vogal, o Conselheiro Rodrigo Flávio Freire de Farias Chamoun pondera conforme segue:

“ Quanto ao mérito dos questionamentos, corroboro em grande parte o que foi discutido até aqui, assim como fez o conselheiro relator em seu voto (...)

Entretanto, inauguro a **divergência** especificamente para discordar da instrução técnica quando dá a entender que a nova interpretação, ancorada no precedente dado pelo RE 870.947/SE, conteria **efeitos ex tunc**, fazendo crer que retroagiria à data da promulgação do dispositivo declarado inconstitucional. (...)

Nessa linha, em se tratando de pagamento de verbas remuneratórias pretéritas devidas a servidores, é forçoso igualmente observar o prazo prescricional estipulado pelo art. 156, da Lei Complementar Estadual 46, de 31 de janeiro de 1994, que fixa também em 5 (cinco) anos o direito de pleitear na esfera administrativa.

Indo um pouco mais além para tratar especificamente dos créditos e dos pagamentos eventualmente já reconhecidos ou realizados pela Administração Pública, novamente deve-se ter em mente outro prazo quinquenal que deve ser considerado. Neste caso, não se pode olvidar do prazo decadencial que impede a revisão de atos administrativos quando passados mais de 5 anos da data em que foram praticados, consoante o disposto no art. 54, da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Dito tudo isso, o que se pretende, em suma, é afirmar que, embora tenha sido declarado inconstitucional o art. 1º-F, da Lei 9.494/1997, com redação dada pela lei 11.960/2009, a Administração Pública, ao aplicar o IPCA-E como índice de correção monetária e, após, a remuneração da caderneta de poupança como critério de juros de mora, deverá necessariamente considerar, diante de cada caso concreto, os efeitos modulados nas ADIs 4.357 e 4.425, bem como a legislação vigente e a orientação interpretativa aplicável em cada dado momento, preservando-se as situações jurídicas já consolidadas sob tal égide e observando-se, em qualquer caso, os prazos quinquenais de prescrição”.

Em 11/01/2012, no evento 18 e seguintes dos autos eletrônicos, houve uma petição intercorrente por parte da ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO ESPÍRITO SANTO–AMAGES – requerendo seu ingresso no feito como terceiro interessado.

Desta feita, proferi voto complementar (Voto do Relator nº. 0359/2021), no qual indeferi o ingresso da Associação dos Magistrados do Espírito Santo – AMAGES no

feito, bem como reiterei, e reforcei, os argumentos já apresentados no voto anterior não havendo, assim, qualquer alteração do posicionamento exposto.

Em sequência, o Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, solicitou vista dos autos, durante a 6ª. Sessão Ordinária do Plenário, realizada em 18/02/2021, apresentando posteriormente voto cuja conclusão assim dispõe:

PARECER EM CONSULTA

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACÓRDAM os conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Plenária, em:

1. **CONHECER** a Consulta e respondê-la nos seguintes termos:
 - 1.1. Não é possível a incidência de juros de mora no caso do pagamento retroativo na esfera administrativa e deverá ser definido pela administração pública o índice de atualização monetária adequado, em obediência à autonomia constitucional dos entes federados, observada a remuneração vigente à época do fato gerador;
2. Pela manutenção do item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001;
3. Encaminhar à consulente cópia do Parecer em Consulta formulado após deliberação plenária;
4. Arquivar os autos após o trânsito em julgado.

Durante a mesma sessão na qual foi proferido tal voto (13ª. Sessão Ordinária do Plenário), o Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun proferiu voto vogal acompanhando a posição do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, razão pela qual solicitei o adiamento da conclusão do julgamento para me inteirar a respeito dos fundamentos constantes neste voto vista.

Ocorre, porém, que em 20/04/2021, conforme evento eletrônico nº. 28, a Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo – ALES, junta aos autos petição firmada por seu Presidente, Deputado Estadual Erick Cabral Musso, por meio da qual solicita a desistência da consulta formulada, com base nos arts. 95, e seguintes, da Resolução TCEES nº. 182/2020.

Assim, vieram os autos conclusos e, diante disso, retorno com o feito para análise do pedido de desistência e continuidade do julgamento.

Trago este breve relatório com o único propósito de atualizar a cronologia da tramitação dos autos.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – Do Pedido de Desistência (PRELIMINAR)

Conforme acima exposto, a Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo – ALES formulou consulta ao Tribunal do Estado do Espírito Santo – TCEES visando esclarecimento sobre questão abstrata do qual emanava dúvida acerca da correta interpretação e aplicação da legislação correlata ao tema.

Após o início do julgamento, a Casa Legislativa torna aos autos para solicitar desistência do questionamento apresentado. Cita como base legal para seu pedido, a princípio, os arts. 95, e seguintes, da Resolução TCEES nº. 182/2020. Todavia, identifica-se erro material na remissão legal, eis que a Resolução TCEES nº. 182 foi editada durante o ano de 2002, e não 2020. Ademais, a referida Resolução, cujo teor tratava do Regimento Interno desta Corte de Contas, não se encontra mais em vigência, eis que revogada diante da edição da Resolução TCEES nº. 261/2013.

Logo, a análise do pedido de desistência deve ser feito à luz da legislação atualmente vigente, especialmente, da Resolução TCEES nº. 261/2013

Neste sentido, o art. desta Resolução dispõe acerca das consultas nos seguintes termos:

Art. 233. O Plenário decidirá sobre consultas quanto às dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:

I - Governador do Estado e Prefeitos Municipais;

II - Presidente da Assembleia Legislativa e de Câmaras Municipais;

III - Presidente do Tribunal de Justiça, Corregedor-Geral de Justiça e Procurador Geral de Justiça;

IV - Procurador-Geral do Estado e Defensor Público Geral do Estado;

V - Secretário de Estado e, quando ordenador de despesas, o Secretário de Município;

VI - Presidente das comissões permanentes da Assembleia Legislativa e das Câmaras Municipais;

VII - Diretor-Presidente de autarquia, fundação pública, empresa estatal e de sociedade de economia mista cujo controle societário pertença ao Estado ou aos Municípios.

§1º A consulta atenderá, cumulativamente, aos seguintes requisitos:

I - ser subscrita por autoridade legitimada;

II - referir-se à matéria de competência do Tribunal;

III - conter indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada;

IV - não se referir apenas a caso concreto;

V - estar instruída com parecer do órgão de assistência técnica e/ou jurídica da autoridade consulente.

§2º Além dos requisitos objetivos, o conhecimento da consulta dependerá da relevância jurídica, econômica, social ou da repercussão da matéria no âmbito da Administração Pública, com conteúdo que possa ter reflexos sobre a Administração direta e indireta do Estado ou dos Municípios.

§3º Cumulativamente aos requisitos dos §§ 1º e 2º, os legitimados dos incisos V, VI e VII do caput deste artigo deverão demonstrar a pertinência temática da consulta às respectivas áreas de atribuição das instituições que representam.

§4º O parecer em consulta possui caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não de fato ou caso concreto.

§5º Não obstante a existência de prejulgado sobre matéria objeto de consulta, poderá o Tribunal alterar ou revogar decisão anterior, pelo voto favorável da maioria absoluta dos seus membros, computando-se o voto do Presidente.

Da análise deste dispositivo depreende-se que a Consulta formulada ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES visa o esclarecimento de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares relacionados a matérias de sua competência (art. 233, *caput*, da Resolução TCEES nº. 261/2013). Ademais, deve se ater a hipóteses abstratas, não se referindo a casos concretos, na linha do que prevê o art. 233, §1º, desta mesma Resolução.

Tais previsões regimentais permitem concluir que a natureza do processo de Consulta destoa das demais modalidades de procedimentos de fiscalização tratados na Resolução TCEES nº. 261/2013 cuja apreciação incide sobre casos concretos e, portanto, via de regra violadores da legislação correlata.

Faço tal remissão, uma vez que em outras oportunidades, já manifestei entendimento do qual a parte não pode dispor do processo de Representação, ou Denúncia, através do instituto da desistência após sua formulação, dado que as situações ali descritas devem ser apreciadas em sua totalidade já que fazem instaurar procedimento de fiscalização cujo propósito é a defesa do interesse

público. Sendo assim, é forçoso reconhecer a aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público, tão bem tratado pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello em várias de suas obras.

No caso específico das Consultas, porém, a situação é diversa, eis que conforme delineei acima, não há análise de qualquer situação violadora de legislação ou regulamentos, mas tão somente pedido de esclarecimentos sobre qual a melhor interpretação a ser dada ao direito, diante de uma situação abstrata. Esta característica especial do processo de Consulta, faculta a disponibilidade por parte do Consultante, notadamente quando a dúvida pode já ter sido sanada por outras vias, antes do pronunciamento do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES.

É de se ressaltar que a Resolução TCEES nº. 261/2013 não prevê explicitamente o instituto da desistência o que, por si só, não impede sua utilização por meio da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (art. 485, VIII).

Portanto, com base nestas considerações, **voto a título de preliminar por extinguir o presente processo de Consulta formulado pela Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo – ALES, com seu consequente arquivamento.**

Caso superada a presente preliminar, mantenho no mérito meu posicionamento anteriormente proferido acompanhando a área técnica e o parquet.

II.2 – Do Pedido de Ingresso de Terceiro Interessado

Da leitura do caderno processual eletrônico depreende-se o ingresso de petição intercorrente protocolada pela Associação dos Magistrados do Espírito Santo – AMAGES, pleiteando seu ingresso no feito.

Para tanto apresenta argumentos fáticos e jurídicos que, em seu entender, justificam a necessidade de sua participação nos autos, a fim de possibilitar uma ampliação do debate em curso, bem como influenciar na decisão a ser proferida. Manifesta-se ora alegando tratar-se de terceiro interessado no feito e, ora como *amicus curae* desta Corte de Contas.

Ressalto que a petição em referência ingressou nos autos após o encerramento da fase instrutória e, conseqüentemente, com o início do julgamento através de designação de pauta e prolação de voto pelo Relator.

A Resolução TCEES nº. 261/21013, em seu art. 294, §6º., ao se debruçar sobre a figura jurídica do terceiro interessado, assim dispõe:

Seção V

Do Ingresso de Interessado no Processo

Art. 294. A habilitação de interessado no processo será efetivada, de ofício ou mediante o deferimento, pelo Relator, do pedido de ingresso do terceiro.

§ 1º (...)

§ 2º (...).

§ 3º (...).

§ 4º (...).

§ 5º (...).

§ 6º O pedido de habilitação de que trata este artigo será indeferido quando formulado após a inclusão do processo em pauta.

§ 7º (...). (grifo nosso)

Portanto, como se pode facilmente depreender, não é possível ser deferido o referido pedido, pois o processo já se encontra pautado, em fase de julgamento, desde a 40ª Sessão Plenária desta Corte.

No mesmo sentido, haveria limitação lógica à participação da peticionante na qualidade de *amicus curae*, haja vista que a manifestação da parte nesta qualidade visa disponibilizar à Corte subsídios técnicos e jurídicos para uma melhor apreciação da questão em debate.

Esta intervenção, todavia, somente pode ser admitida, por consequência lógica, até o momento da realização de sustentação oral, momento imediatamente anterior ao julgamento e, inexoravelmente, último ato de instrução antes da decisão que se pretende influenciar.

É certo que há o reconhecimento da possibilidade atuação nesta qualidade em qualquer fase processual ou grau de jurisdição desde que, porém, seja observada a lógica processual.

Ainda que a Resolução TCEES nº. 261/2013 não tenha tratado especificamente da figura do *amicus curae*, é de se ver que a razão de rejeitar o ingresso de terceiro interessado no feito naquela fase processual se aplica perfeitamente a qualquer pretensão formulada no mesmo sentido quando a figura utilizada para a participação nos autos venha através do chamado “amigo da Corte”.

Desta forma, e com fulcro no disposto no art. 294, §6º., da Resolução TCEES nº. 261/2013, indefiro o pleito da Associação dos Magistrados do Estado do Espírito Santo – AMAGES para figurar no feito, seja na condição de terceiro interessado, seja como *amicus curae*.

Ressalvo, contudo, que eventual pedido neste sentido poderá ser renovado oportunamente devendo, na ocasião, ser apreciada a conveniência e preenchimento dos requisitos próprios para seu ingresso.

II.3 – Do Mérito da Consulta

Se acaso seja superado o pedido de desistência formulado pela Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo – ALES, reitero os argumentos já expostos em voto anterior, para o qual peço vênias para, novamente, trazê-los ao debate a seguir.

Após apresentação de voto vogal pelo Conselheiro Rodrigo Flávio Freire de Farias Chamoun abrindo divergência ao entendimento por mim trazido, analisei atentamente as colocações e fundamentos que embasam o seu voto e, a fim de aprofundar a análise, solicitei o retorno dos autos ao meu gabinete, adiando o julgamento do processo.

Desta análise verifiquei que o voto vogal apresentado se fundamenta eminentemente em três pontos, quais sejam:

- Os efeitos decorrentes da decisão proferida no RE 870.947/SE, ou seja, se **ex tunc** ou não;
- A necessidade de modulação dos efeitos da decisão a ser proferida por esta Corte de Contas, em consonância com o julgamento das ADI's 4.357 e 4.425; e, por fim,

- A obrigatoriedade de se observar o prazo quinquenal de prescrição para o recebimento dos créditos.

A Administração Pública, em suas relações com particulares, a teor da regra geral de Direito Civil, deve ser pontual no cumprimento de suas obrigações. Por razões diversas, entretanto, ocorre de não adimpli-las ao certo tempo. Limitações financeiras e orçamentárias, responsabilidade fiscal ou simples ineficiência são casos que comprometem a tempestiva quitação de débitos. Assim, em certas situações, ocorrem circunstâncias em que a Administração não paga devido a incertezas quanto ao valor ou às circunstâncias que ensejam o pagamento.

A consulta em tela tem como pressuposto o fato de que a Administração será, ou já foi em determinada ocasião, impontual em seus pagamentos questionando-se, caso haja reconhecimento administrativo, se os mesmos estão sujeitos à incidência de correção monetária e juros moratórios. Em desdobramento, e caso se entenda afirmativa a primeira parte da consulta, quais os critérios (termo inicial, índices, percentuais) aplicáveis a tais pagamentos.

De todo o processado até o presente momento é forçoso reconhecer que tanto o voto proferido por este Relator, quanto o voto vogal trazido à colação pelo Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias de Chamoun, reconhecem a necessidade de incidência de correção monetária e juros moratórios a pagamentos pretéritos devidos pela Administração Pública. Há uma divergência inicial, quanto aos índices tendo em vista a existência de duas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que, aparentemente, estão em contradição.

Tenho, no entanto, que após nova análise de todo os fundamentos lançados nos autos, a solução para o tema é aquela versada no voto por mim proferido enquanto Relator.

Explico, e para tanto peço vênias aos meus pares para abrir a discussão a partir da transcrição dos votos proferidos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs. 4.357/DF e 4.425/DF e no Recurso Extraordinário nº. 870.947/SE.

Quanto a este último é importante aduzir que o seu objeto é diverso daquele contido no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade.

Ao se debruçar sobre o Acórdão proferido nas ações direta de inconstitucionalidade observa-se que o teor da decisão emanada do Supremo Tribunal Federal considerou

inadequada, e em afronta ao texto constitucional, a “(...) *utilização do rendimento da caderneta de poupança como índice definidor dos juros moratórios dos créditos inscritos em precatórios, quando oriundos da relação jurídico-tributária*”. Tal ponto encontra-se assentado na própria ementa do julgado, conforme transcrevemos:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL No 62/2009. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE INTERSTÍCIO CONSTITUCIONAL MÍNIMO ENTRE OS DOIS TURNOS DE VOTAÇÃO DE EMENDAS À LEI MAIOR (CF, ART. 60, §2o). CONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE “SUPERPREFERÊNCIA” A CREDORES DE VERBAS ALIMENTÍCIAS QUANDO IDOSOS OU PORTADORES DE DOENÇA GRAVE. RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À PROPORCIONALIDADE. INVALIDADE JURÍDICO- CONSTITUCIONAL DA LIMITAÇÃO DA PREFERÊNCIA A IDOSOS QUE COMPLETEM 60 (SESSENTA) ANOS ATÉ A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA (CF, ART. 5o, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS EM PROVEITO EXCLUSIVO DA FAZENDA PÚBLICA. EMBARAÇO À EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO (CF, ART. 5o, XXXV), DESRESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL (CF, ART. 5o XXXVI), OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES (CF, ART. 2o) E ULTRAJE À ISONOMIA ENTRE O ESTADO E O PARTICULAR (CF, ART. 1o, CAPUT, C/C ART. 5o, CAPUT). IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5o, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5o, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO. OFENSA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE DIREITO (CF, ART. 1o, CAPUT), AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ART. 2o), AO POSTULADO DA ISONOMIA (CF, ART. 5o, CAPUT), À GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL (CF, ART. 5o, XXXV) E AO DIREITO ADQUIRIDO E À COISA JULGADA (CF, ART. 5o, XXXVI). PEDIDO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE.

1. A Constituição Federal de 1988 não fixou um intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação para fins de aprovação de emendas à Constituição (CF, art. 62, §2o), de sorte que inexiste parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmago do processo político, verdadeiro *locus* da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal. Inexistência de ofensa formal à Constituição brasileira.

2. O pagamento prioritário, até certo limite, de precatórios devidos a titulares idosos ou que sejam portadores de doença grave promove, com razoabilidade, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1o, III) e a proporcionalidade (CF, art. 5o, LIV), situando-se dentro da margem de conformação do legislador constituinte para operacionalização da novel preferência subjetiva criada pela Emenda Constitucional no 62/2009.

3. A expressão “na data de expedição do precatório”, contida no art. 100, §2o, da CF, com redação dada pela EC no 62/09, enquanto baliza temporal para a aplicação da preferência no pagamento de idosos, ultraja a isonomia (CF, art. 5o, *caput*) entre os cidadãos credores da Fazenda Pública, na medida em que discrimina, sem qualquer fundamento, aqueles que venham a alcançar a idade de sessenta anos não na data da expedição do precatório, mas sim posteriormente, enquanto pendente este e ainda não ocorrido o pagamento.

4. O regime de compensação dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatórios, previsto nos §§ 9o e 10 do art. 100 da Constituição Federal, incluídos pela EC no 62/09, embaraça a efetividade da jurisdição (CF, art. 5o, XXXV), desrespeita a coisa julgada material (CF, art. 5o, XXXVI), vulnera a Separação dos Poderes (CF, art. 2o) e ofende a isonomia entre o Poder Público e o particular (CF, art. 5o, *caput*), cânone essencial do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1o, *caput*).

5. A atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança viola o direito fundamental de propriedade (CF, art. 5o, XXII) na medida em que é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. A inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (*ex ante*), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período).

6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5o, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1o, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão “independentemente de sua natureza”, contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC no 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário.

7. O art. 1o-F da Lei no 9.494/97, com redação dada pela Lei no 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC no 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 *supra*.

8. O regime “especial” de pagamento de precatórios para Estados e Municípios criado pela EC no 62/09, ao veicular nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública e ao impor o contingenciamento de recursos para esse fim, viola a cláusula constitucional do Estado de Direito (CF, art. 1o, *caput*), o princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2o), o postulado da isonomia (CF, art. 5o), a garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5o, XXXV), o direito adquirido e a coisa julgada (CF, art. 5o, XXXVI).

9. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte.

Deve-se reconhecer, portanto, que nos procedimentos de fiscalização normativa abstrata pleiteou-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 100, §12, da Constituição da República (Emenda Constitucional nº. 62/2009 e, por arrastamento,

do art. 1º.-F, da Lei Federal nº. 9.494/1997 (com a redação conferida pela Lei nº. 11.960/2009), em vista da violação ao princípio da isonomia, eis que os créditos de natureza tributária existentes em favor da Fazenda Pública seriam remunerados com índices diversos daqueles previstos para os contribuintes credores do Erário.

Assim, reconheceu-se a inconstitucionalidade dos dispositivos, e da atualização monetária com base em índices da caderneta de poupança dos débitos fazendários já inscritos em precatórios, e que tais índices seriam aplicados para o cálculo de juros moratórios decorrentes de créditos inscritos em precatórios não decorrentes de relações jurídicas-tributárias.

Já no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4425/DF deu-se, por meio de questão de ordem suscitada, a modulação temporal dos efeitos de decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida tanto nesta ação quanto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.325/DF para conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade para aplicar os efeitos da decisão aos precatórios expedidos e aos já pagos até o dia 25/03/2015.

As decisões em tela, portanto, tratam de débitos decorrentes de relação jurídico-tributária e modulam efeitos para manter válidos os precatórios expedidos e os já pagos até a data fixada.

De outro turno, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 870.947/SE, a mesma regra estabelecida pelo art. 1º.-F, da Lei Federal nº. 9.494/1997 (com a redação conferida pela Lei nº. 11.960/2009) sofreu impugnação quanto à sua constitucionalidade em relação ao momento que antecede à própria formação do precatório, ou seja, ao final da fase de conhecimento, com o trânsito em julgado da decisão condenatória, assim como quando do reconhecimento administrativo de verbas.

Esta distinção não passou ao largo da decisão proferida, pois durante o julgamento dos Embargos de Declaração, o Ministro Alexandre de Moraes, prolator do voto que conduziu a formação da maioria assim consignou:

“A distinção do objeto da Repercussão Geral neste RE 870.947, em relação às ADIs 4357 e 4425, estaria na maior amplitude (**correção monetária de débitos em qualquer fase processual e mesmo na instância administrativa**) e na natureza da relação jurídica em que surgido o crédito em desfavor da Fazenda Pública – no caso julgado, trata-se de pagamento de benefício assistência pelo INSS.”

Vê-se, assim, que a existência de decisões anteriormente proferidas pela Corte Suprema não deixaram de ser objeto de debate e consideração no momento da formação da decisão proferida no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 870.947/SE, optando o Supremo Tribunal Federal, em sua maioria, pela fixação da seguinte tese de repercussão geral:

1) “O art. 1º.-F, da Lei Federal nº. 9.494/1997, com a redação conferida pela Lei nº. 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º., caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º.-F, da Lei Federal nº. 9.494/1997, com a redação conferida pela Lei nº. 11.960/2009”.

2) O art. 1º.-F, da Lei Federal nº. 9.494/1997, com a redação conferida pela Lei nº. 11.960/2009, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial a caderneta de poupança revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º., XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina”.

A despeito da interposição de diversos embargos de declaração visando a concessão de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ocorrida no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 870.947/SE, o Supremo Tribunal Federal não realizou esta distinção, mantendo a decisão tal qual proferida. A não modulação temporal dos efeitos, diga-se, foi exaustivamente debatida entre os Ministros da Corte Suprema, prevalecendo o voto do Ministro Alexandre de Moraes que assim fundamentou a necessidade de retroatividade da decisão:

“Em que pese o seu caráter excepcional, a experiência demonstra que é próprio do exercício da Jurisdição Constitucional promover o ajustamento das relações jurídicas constituídas sob a vigência da legislação invalidada, e essa Corte tem se mostrado sensível ao impacto de suas decisões na realidade social subjacente ao objeto de seus julgados.

Por outro lado, há um ônus argumentativo de maior grau em se pretender a preservação de efeitos constitucionais, que não vislumbro superado no caso em debate.

Entendo que prolongar a incidência da TR como critério de correção monetária para o período entre 2009 e 2015 é incongruente com o assentado pela Corte no julgamento de mérito deste RE 870.947 e das ADIs 4357 e 4425, pois virtualmente esvazia o efeito prático desses pronunciamentos para um universo expressivo de destinatários da norma. Nesses casos, o jurisdicionado: (a) foi indevidamente lesado pelo Poder

Público e suportou um desfalque patrimonial; (b) teve o ônus de buscar socorro no Poder Judiciário, com custos adicionais; (c) mesmo vitorioso, teve que executar o valor devido pela sistemática de precatórios; (d) viu o Supremo Tribunal Federal assentar a inconstitucionalidade da correção de créditos pela TR; (e) terá o valor de seu crédito corrigido por essa mesma TR, que não recompõe de forma integral o seu patrimônio.

Ora, a modulação de efeitos, nessa hipótese, transmite uma mensagem frustrante para o jurisdicionado: ele tinha razão, o Poder Judiciário reconheceu, mas isso não fez tanta diferença, seu crédito foi liquidado a menor, como preconizado pela norma inconstitucional.

Dessa feita, não vejo como a incidência da TR no período 2009/2015 possa atender a razões de segurança jurídica e interesse social. Ao contrário, é o prolongamento da eficácia do art. 1º.-F, da Lei Federal nº. 9.494/1997, na redação da Lei nº. 11.960/2009, que se afigura atentatório aos postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, na medida em que impede a estabilização de relações jurídicas em conformidade com o critério de correção apontado pela própria Corte como válido”.

À exaustão, portanto, o tema da retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade foram debatidos antes da prolação da decisão final que não implementou regime de modulação dos efeitos da decisão que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1º.-F, da Lei Federal nº. 9.494/1997 (com a redação conferida pela Lei nº. 11.960/2009), durante o julgamento do Recurso Extraordinário nº. 870.947/SE.

Chamo à atenção, inclusive, para um dos fundamentos utilizados pelo Ministro Alexandre de Moraes para não conferir tal modulação, qual seja, o fato de não vislumbrar como a incidência da (...) *TR no período 2009/2015 possa atender a razões de segurança jurídica e interesse social. Ao contrário, é o prolongamento da eficácia do art. 1º.-F, da Lei Federal nº. 9.494/1997, na redação da Lei nº. 11.960/2009, que se afigura atentatório aos postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança(...)*”. Ou seja, mesmos postulados que o voto vogal suscita para tentar fazer prevalecer a decisão proferida nas ADI’s 4357 e 4425.

Todavia, conforme anteriormente exposto, os objetos de cada uma dessas ações são diversos, ainda intimamente relacionados. Não há, porém, como visto, deixar de fazer prevalecer a tese contida no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 870.947/SE, uma vez que esta é a ação que trata especificamente do tema constante na consulta: (i) a sujeição dos pagamentos retroativos decorrentes de relações jurídicas não-tributárias reconhecidos pela via administrativa à incidência de correção monetária e juros de mora; (ii) os índices aplicáveis; e, por fim, (iii) a não

retroatividade dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida neste julgamento.

Quanto a este último aspecto do julgado, em vista do debate trazido à lume pelo Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias de Chamou, deve-se observar que o efeito natural e decorrente da decisão de inconstitucionalidade é invalidar a norma desde o seu nascedouro, ou seja, com efeitos *ex tunc*. Somente em casos excepcionais, e com a aprovação de maioria qualificada dos membros da Suprema Corte Federal é que tais efeitos podem ser modificados, o que não se deu no caso em tela.

Em sendo assim, o efeito natural é aquele usualmente aplicado, ou seja, a invalidação da norma e de suas previsões desde o seu nascedouro, passando a vigorar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal como elemento comutador.

Tanto é assim que o Ministro Alexandre de Moraes, decidiu pela rejeição dos embargos de declaração, "(...) **preservando a eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação da Lei 11.960/2009**".

Não restam dúvidas, assim, quanto à retroatividade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, devendo ser aplicada a sistemática de atualização monetária e juros de mora prevista na tese de repercussão geral extraída do Recurso Extraordinário nº. 870.947/SE.

O reconhecimento da prevalência desta tese implica, conseqüentemente, na impossibilidade de que esta Corte de Contas, por iniciativa própria, venha a conferir, conforme sugerido pelo Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias de Chamoun, efeitos prospectivos ao pronunciamento a ser aqui proferido.

Tenho que tal possibilidade encontra-se, a princípio, fora da alçada desta Corte, eis que sua previsão legal é disciplinada em legislação direcionada, exclusivamente, para o julgamento dos processos que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal, não podendo ser utilizada por analogia aos nossos julgados.

Ademais, a análise aqui em curso versa sobre consulta formulada por jurisdicionado que redundará em tese jurídica a partir de um caso abstrato, já que o instrumento utilizado não permite a provocação da Corte de Contas para casos concretos por meio deste.

Por fim, com relação ao que entendo ser o último ponto de divergência suscitado pelo voto vogal proferido – prescrição quinquenal – tenho alguns pequenos apontamentos a ser formulados.

De início ressalto que revisitando a petição inicial que trouxe ao conhecimento da Corte de Contas a dúvida oriunda da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, verifico que tal tema não consta em seu bojo. De fato, a consulta versa acerca da incidência de correção monetária e juros de mora sobre pagamentos pretéritos devidos, e reconhecidos, pela Fazenda Pública pela via administrativa e, caso positiva a incidência, quais seriam os parâmetros a serem utilizados.

Ainda que tal tema tenha surgido de forma *ultra petita* ressalto, novamente, que o processo em análise trata de consulta formulada por jurisdicionado para o qual se dará a formação de tese jurídica. A própria previsão contida na Lei Complementar nº. 621/2012 e na Resolução TCEES nº. 261/2103 indicam a necessidade de que o objeto da consulta não pode versar sobre caso concreto.

Trago esta referência para assentar que a observância dos prazos prescricionais e decadenciais estabelecidos nas legislações pertinentes é dever da administração pública, especialmente em vista da necessidade de atuação conforme os ditames da lei (princípio da legalidade). Havendo a previsão legal de tais prazos, é inafastável a sua aplicação.

No entanto, a sua aferição somente pode se dar diante de um caso concreto, e a partir dos elementos que o integram. Não há como se afirmar, *a priori*, a configuração de um ou outro destes institutos jurídicos. Ao se deparar com cada hipótese é que deverá o administrador e/ou o julgador, aferir a sua caracterização. Especialmente porque as diversas verbas existentes no universo da Administração Pública possibilitam inúmeros e diferenciados marcos temporais para sua contagem, interrupção e/ou suspensão.

Tenho que, ainda, não se possa falar em prescrição ou decadência de créditos reconhecidos administrativamente e não adimplidos. E, tampouco, negar a eles a devida correção monetária ou incidência de juros de mora.

Isto porque, a atualização monetária composta pela correção do valor da moeda e remuneração por meio dos juros é consectário lógico do regime econômico-jurídico vivenciado em nosso país. Não por menos, o Poder Judiciário já reconheceu em

inúmeras decisões que a não formulação de pedido explícito pela parte da correção monetária e incidência de juros de mora em sua petição de ingresso não implica renúncia a tal direito, eis que o mesmo é considerado implícito ao pedido de condenação.

Ademais, compreendo que a simples formulação do pedido de pagamento das verbas ao qual entende ter direito implica, para efeitos de prescrição e decadência, em marco interruptivo e suspensivo da contagem destes prazos, sob pena de se permitir que a Administração Pública, agindo com morosidade, venha a superar o prazo previsto em lei para a concretização do direito dos servidores.

Posto isso, ratifico o voto anteriormente proferido.

Por todo o exposto, acompanhando o posicionamento da unidade técnica, bem como do representante do Ministério Público Especial de Contas, reitero o **VOTO** proferido anteriormente na presente consulta, e, quanto ao **MÉRITO**, respondê-la nos termos aqui expostos.

Por fim, voto no sentido de que seja encaminhada à consulente cópia deste voto, bem como da Instrução Técnica de Consulta 0008/2020-2, bem como o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à consideração.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Colegiada, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1. CONHECER da presente consulta;

2. JULGAR extinta a Consulta formulada pela Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo – ALES ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES, tendo em vista o pedido de desistência constante do evento nº. 28 deste caderno eletrônico;

3. PRELIMINARMENTE, e com fulcro no art. 294, §6º, da Resolução TCEES nº. 261/2013, não acolher o pedido de ingresso nos autos formulado pela Associação dos Magistrados do Estado do Espírito Santo – AMAGES, seja na qualidade de terceiro interessado, seja como *amicus curae*;

4. CASO SUPERADA A QUESTÃO PRELIMINAS NO MÉRITO, respondê-la nos termos da ITC 0008/2020-2, em síntese, nos seguintes termos:

A. Sim. O termo inicial para a correção monetária e os juros de mora será o do surgimento do crédito. O índice para a correção monetária será o IPCA-E, com o percentual nele previsto ao longo do tempo. O índice para os juros de mora será o da caderneta de poupança, com o percentual nela previsto ao longo do tempo;

B. A base de cálculo será a remuneração vigente à época do surgimento do crédito (não do fato gerador, que pode ter ocorrido antes). Observe-se que a correção monetária deve ser feita antes que se proceda ao cálculo dos juros de mora, que sobre ela incidem;

5. REVOGAR o item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001;

6. ENCAMINHAR à consulente cópia do Voto do Relator, bem como da Instrução Técnica de Consulta 9/2019-3;

7. ARQUIVAR os autos após o trânsito em julgado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES
Conselheiro Relator

VOTO VISTA 046/2021

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO:

1 RELATÓRIO

Trata-se de **consulta** formulada pelo Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, Sr. Erick Cabral Musso, nos seguintes termos:

- a) Os pagamentos retroativos a servidores e terceiros, quando reconhecidos por decisão administrativa, estão sujeitos à incidência de correção monetária e de juros moratórios? Em caso afirmativo, quais os critérios (termo inicial, índices, percentuais) aplicáveis a tais pagamentos?
- b) No caso de servidores públicos, qual seria a base de cálculo para eventual incidência de juros de moratórios (*sic*) e atualização monetária, a remuneração vigente à época do fato gerador ou a data do efetivo pagamento (art. 70, § 2º, LC nº 46/94)?

O Conselheiro Relator Sérgio Manoel Nader Borges encaminhou os autos ao Núcleo de Jurisprudência e Súmula (NJS), que, por meio do **Estudo Técnico de Jurisprudência 4/2020** (peça 6), identificou o Parecer em Consulta TC 29/2001 (Processo TC 1338/2001), que responde parcialmente os termos desta consulta. De acordo com aquele parecer:

“ 3) Os débitos para com Servidores especificamente, poderão ser pagos corrigidos? Em caso afirmativo qual o índice a ser adotado? **Cabe à legislação local, estatutária ou não, estipular a forma de pagamento das parcelas pecuniárias devidas pelo Município e porventura ainda não pagas. (...) Não existe qualquer obrigatoriedade em ser adotado este ou aquele índice de correção porventura atualmente utilizado por esta ou aquela instituição, órgão ou entidade pública, residindo na autonomia municipal estipular a adoção, via autorização legislativa, de um destes índices de acompanhamento econômico existentes no mercado financeiro**, especialmente quando decorrentes de atuação de universidades, fundações e autarquias, os quais são naturalmente idôneos e isentos de parcialidade.” (g.n.)

Em seguida, os autos foram encaminhados ao NRC – Núcleo de Recursos e Consultas, que exarou a **Instrução Técnica de Consulta 8/2020** (peça 8), opinando pelo conhecimento do feito, e no mérito concluindo nos seguintes termos:

IV. RESPOSTAS AOS QUESITOS

A partir do arrazoado até aqui discutido, respondemos aos quesitos nos seguintes termos:

- a) Sim. O termo inicial para a correção monetária e os juros de mora será o do surgimento do crédito. O índice para a correção monetária será o IPCA-E, com o percentual nele previsto ao longo do tempo. O índice para os juros de mora será o da caderneta de poupança, com o percentual nela previsto ao longo do tempo.

b) A base de cálculo será a remuneração vigente à época do surgimento do crédito (não do fato gerador, que pode ter ocorrido antes). Observe-se que a correção monetária deve ser feita antes que se proceda ao cálculo dos juros de mora, que sobre ela incidem.

V. CONCLUSÃO

Diante das razões fáticas e jurídicas expostas na presente instrução, opina-se por conhecer da presente consulta para:

- 1. Revogar o item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001;**
- 2. Responder à consulta nos termos do item IV. RESPOSTAS AOS QUESITOS.**

Após, manifestou-se o Ministério Público Especial de Contas, por intermédio do Procurador Luís Henrique Anastácio da Silva, anuindo ao entendimento da unidade técnica (**Parecer 3171/2020** – peça 13).

O Conselheiro Relator apresentou o **Voto 3518/2020** (peça 16), acompanhando o entendimento técnico e do Ministério Público de Contas.

Pautados os autos, o Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun apresentou o **Voto Vogal 26/2020** (peça 17) com a seguinte proposta de deliberação:

III.1 CONHECER a consulta para **RESPONDÊ-LA** nos seguintes termos:

III.1.1 Os pagamentos retroativos a servidores e a terceiros, quando reconhecidos por decisão administrativa, estão sujeitos à incidência de correção monetária e de juros moratórios, considerando-se o termo inicial para sua aplicação a data do surgimento do crédito, aplicando-se, a partir de 26.03.2015, o IPCA-E como índice para correção monetária e a remuneração da caderneta de poupança como critério para os juros de mora, preservando-se os atos administrativos e as situações jurídicas já consolidadas sob a égide da legislação então vigente e de orientação interpretativa anteriormente aplicável, bem como respeitado o prazo quinquenal de prescrição para reconhecimento do crédito;

III.1.2 Atendido o disposto no item III.1.1, a base de cálculo no caso de pagamento retroativo a servidores públicos será a remuneração vigente à época do surgimento do crédito, acrescida primeiramente da correção monetária e, em seguida, ao cálculo dos juros de mora, que sobre ela incidem;

II.2 REVOGAR o item 3, do Parecer em Consulta TC 29/2001;

III.3 Dar CIÊNCIA ao consulente, na forma regimental;

III.4 ARQUIVAR.

Em seguida, a Associação dos Magistrados do Espírito Santo – AMAGES, requer admissão no feito como *amicus curiae* (peças 18 a 21).

Ato contínuo, o Conselheiro Relator apresenta o **Voto Complementar 359/2021** (peça 25), pelo indeferimento do pedido da AMAGES e reiterando os termos do Voto 3518/2020, anteriormente prolatado.

A seguir, o Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto expõe o **Voto Vista 15/2021** (peça 26), nos seguintes termos:

1. **CONHECER** a Consulta e respondê-la nos seguintes termos:

1.1. Não é possível a incidência de juros de mora no caso do pagamento retroativo na esfera administrativa e deverá ser definido pela administração pública o índice de atualização monetária adequado, em obediência à autonomia constitucional dos entes federados, observada a remuneração vigente à época do fato gerador;

2. Pela manutenção do item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001;

3. Encaminhar à consulente cópia do Parecer em Consulta formulado após deliberação plenária;

4. Arquivar os autos após o trânsito em julgado.

Após, o Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, **no Voto Vogal 8/2021** (peça 27), assim se manifesta:

III.1 **CONHECER** a consulta para **RESPONDÊ-LA** nos seguintes termos:

III.1.1 Os pagamentos retroativos a servidores e a terceiros quando reconhecidos por decisão administrativa, não estão sujeitos à incidência de juros de mora e quanto à correção monetária nos entes jurisdicionados desta Corte que não tenham legislado sobre o tema (correção monetária), recomenda-se que adotem o **Valor de Referência do Tesouro Estadual – VRTE, em âmbito estadual e no âmbito municipal, o indexador equivalente** que promova a correção monetária dos créditos de natureza tributária devidos à fazenda pública desde que não prescritos;

III.1.2 Todos os débitos administrativos, desde que não prescritos, a serem objeto de correção monetária **a partir da publicação deste parecer em consulta e do ato ratificador desta recomendação, adotado pelos chefes de executivos, de cada ente, mesmo que versem sobre direitos reconhecidos, podem ser corrigidos pelo indexador aqui sugerido (VRTE ou o que lhe faça as vezes no âmbito municipal)**;

III.1.3 Na hipótese do item anterior, aos entes jurisdicionados que não adotarem a recomendação supra, devem igualmente publicar ato formal estabelecendo o indexador adotado;

III.1.4 Sugere-se aos entes que vierem a legislar sobre o tema para o futuro, que se abstenham de adotar a caderneta de poupança como indexador, já que o Supremo Tribunal Federal – STF, analisando a constitucionalidade de Lei Federal (in casu, o art. 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97) que a instituíra como parâmetro de correção monetária, propugnou pelo entendimento de que esta não garante a correção efetiva, na forma do **Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810 da Repercussão Geral)**.

II.2 **REVOGAR** o Parecer em Consulta 03/2014 e **MANTER** o item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001;

III.3 Dar **CIÊNCIA** ao consulente, na forma regimental;

III.4 **ARQUIVAR**.

O Consulente manifesta-se por meio da **Petição Intercorrente 427/2021** (peça 28), pela desistência da Consulta e consequente extinção do feito.

O Conselheiro Relator apresenta o **Voto Complementar 2158/2021** (peça 30), nos seguintes termos:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Colegiada, ante as razões expostas pelo Relator, em:

4. CONHECER da presente consulta;

5. JULGAR extinta a Consulta formulada pela Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo – ALES ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES, tendo em vista o pedido de desistência constante do evento nº. 28 deste caderno eletrônico;

6. PRELIMINARMENTE, e com fulcro no art. 294, §6º, da Resolução TCEES nº. 261/2013, não acolher o pedido de ingresso nos autos formulado pela Associação dos Magistrados do Estado do Espírito Santo – AMAGES, seja na qualidade de terceiro interessado, seja como amicus curae;

7. CASO SUPERADA A QUESTÃO PRELIMINAR NO MÉRITO, respondê-la nos termos da ITC 0008/2020-2, em síntese, nos seguintes termos:

A. Sim. O termo inicial para a correção monetária e os juros de mora será o do surgimento do crédito. O índice para a correção monetária será o IPCA-E, com o percentual nele previsto ao longo do tempo. O índice para os juros de mora será o da caderneta de poupança, com o percentual nela previsto ao longo do tempo;

B. A base de cálculo será a remuneração vigente à época do surgimento do crédito (não do fato gerador, que pode ter ocorrido antes). Observe-se que a correção monetária deve ser feita antes que se proceda ao cálculo dos juros de mora, que sobre ela incidem;

8. REVOGAR o item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001;

9. ENCAMINHAR à consulente cópia do Voto do Relator, bem como da Instrução Técnica de Consulta 9/2019-3;

10. ARQUIVAR os autos após o trânsito em julgado

Com pedido de vista formulado na 21^a Sessão Ordinária do Plenário, de 04/05/2021, vieram os autos a este gabinete.

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

2.1 DA ADMISSIBILIDADE DA CONSULTA

No que concerne à admissibilidade da consulta, **acolho o entendimento exarado na Instrução Técnica de Consulta 8/2020**, também subscrito pelo Conselheiro Relator, cujo voto acompanho (Voto 3518/2020), nos seguintes termos:

II. ADMISSIBILIDADE DA CONSULTA

Antes de adentrar-se no mérito da presente consulta, faz-se necessário apreciar se estão presentes os requisitos de admissibilidade.

Com efeito, o parágrafo 1º do artigo 122 da Lei Complementar nº 621/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo - LOTCEES), estabelece o rol de pressupostos a serem atendidos para a admissibilidade da consulta perante este Sodalício, senão vejamos:

Art. 122 [...]

§ 1º A consulta deverá conter as seguintes formalidades:

- I - ser subscrita por autoridade legitimada;
- II - referir-se à matéria de competência do Tribunal de Contas;
- III - conter indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada;
- IV - não se referir apenas a caso concreto;
- V - estar instruída com parecer do órgão de assistência técnica e/ou jurídica da autoridade consulente.

No tocante ao requisito constante do art. 122, § 1º, I, acima transcrito, verifica-se que a definição de autoridade competente encontra as suas balizas nos incisos I a VII, do *caput* do mesmo dispositivo, que assim dispõe:

Art. 122. O Plenário decidirá sobre consultas quanto às dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:

- I - Governador do Estado e Prefeitos Municipais;
- II - **Presidente da Assembleia Legislativa** e de Câmaras Municipais;
- III - Presidente do Tribunal de Justiça e Procurador Geral de Justiça;
- IV - Procurador Geral do Estado e Defensor Público Geral do Estado;

V - Secretário de Estado;

VI - Presidente das comissões permanentes da Assembleia Legislativa e das Câmaras Municipais;

VII - Diretor presidente de autarquia, fundação pública, empresa estatal e de sociedade de economia mista cujo controle societário pertença ao Estado ou aos Municípios (g.n).

O Consulente subscritor é o senhor Erick Cabral Musso, Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, fato que autoriza o ora consulente a figurar como proponente de consultas a este Tribunal, encontrando-se **atendido, portanto, o requisito de admissibilidade referente à legitimidade** evocado no inciso I do § 1º do art. 122 da LC 621/2012.

Quanto à matéria suscitada pelo Consulente, entende-se que há **pertinência com a atuação deste Tribunal** (artigo 122, § 1º, II), bem como a consulta contém a **indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada** (artigo 122, § 1º, III).

Ressalta-se, ainda, que foi atendido o que impõe o artigo 122, *caput*, da LOTCEES, pois foi indicado, na peça inicial, **o dispositivo sobre o qual paira a dúvida**, a saber, o artigo 70, § 2º, LC nº 46/94.

Verifica-se, outrossim, que a presente consulta atende o disposto no inciso IV, § 1º, do artigo 122, da LOTCEES, uma vez que **foi proposta sem fazer alusão a caso concreto**. Resta também comprovado que o feito **se encontra devidamente instruído com parecer** do órgão de assistência técnica e/ou jurídica da autoridade consulente, observado, portanto, o disposto no art. 122, § 1º, V, da LOTCEES.

Ademais, constata-se que a matéria atinente à consulta ofertada possui **relevância jurídica, econômica, social e repercussão** no âmbito da administração pública com reflexos para a Administração Pública Direta e Indireta do Estado e dos Municípios, atendendo ao requisito previsto no § 2º do artigo 122 da Lei Orgânica do TCEES (LC 621/2012), que assim estabelece:

Art. 122 [...]

§ 2º Além dos requisitos objetivos, o conhecimento da consulta dependerá da **relevância jurídica, econômica, social** ou da **repercussão da matéria no âmbito da administração pública**, com conteúdo que possa ter reflexos sobre a administração direta e indireta do Estado ou dos Municípios. (grifo nosso).

Assim, uma vez atendidas todas as formalidades previstas em lei, opina-se pelo **conhecimento** da presente consulta.

2.2 DAS QUESTÕES PRELIMINARES

2.2.1 Do Pedido de Desistência

Observa-se que o Consulente, após o início do julgamento do processo, solicita desistência da consulta formulada, baseando seu pedido no art. 95 e seguintes da Resolução TCEES nº 182/2020 (*sic*).

Como bem ressaltou o Conselheiro Relator Sérgio Manoel Nader Borges, o atual Regimento Interno desta Corte foi instituído pela Resolução TCEES nº 261/2013, encontrando-se revogada a Resolução nº 182/2002 (não 2020), conforme indicado pelo Consulente.

Assim, o pedido de desistência será analisado com base no normativo em vigor.

Pois bem.

O Conselheiro Relator manifesta-se em seu **Voto Complementar 2158/2021**, ressaltando ser a natureza do processo de Consulta diversa dos demais processos desta Corte. Destaca que, além de visar o esclarecimento de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares, a Consulta deve ser formulada a partir de hipóteses abstratas, não se referindo a casos concretos.

Prossegue indicando entender que a parte não pode dispor do processo de Representação ou Denúncia através do instituto da desistência, tendo em vista ser o propósito de tais instrumentos a defesa do interesse público. Observa, porém, que no caso das Consultas a situação é diversa, havendo tão somente pedido de esclarecimentos sobre qual a melhor interpretação a ser dada ao direito, diante de uma situação abstrata.

Observa que a Resolução TCEES nº 261/2013 não prevê o instituto da desistência. Entretanto, considera a possibilidade de sua utilização por meio da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (art. 485, VIII).

Entende que a característica especial do processo de Consulta faculta a disponibilidade por parte do Consulente, razão pela qual acolhe o pedido de desistência, com a conseqüente extinção do feito.

Peço vênia para discordar do posicionamento do relator neste ponto.

De fato, não há previsão do instituto da desistência no âmbito dos normativos deste Tribunal, e penso não ser possível a utilização subsidiária do art. 485 do Código de Processo Civil aos processos de Consulta desta Corte.

Explico.

No âmbito do processo civil há regramento próprio em função da tutela de interesses privados. Há inclusive expressa previsão da necessidade de anuência do réu quando o pedido de desistência da ação ocorre após o oferecimento da contestação¹⁴.

As consultas formuladas pelos jurisdicionados a esta Corte atendem a objetivo específico, não sendo possível traçar qualquer paralelo com o processo judicial.

O Consulente elabora questionamento com vistas a sanar eventual dúvida surgida no âmbito do ente que representa, não se afastando, entretanto, a existência do interesse de outros entes estaduais e municipais nas orientações apresentadas pelo Parecer em Consulta.

Ao contrário, a relevância do tema ou a ampla repercussão da resposta advinda da Consulta constitui um dos requisitos impostos pela Lei Complementar nº 621/2012 para seu conhecimento:

Art, 122

(...)

§ 1º A consulta deverá conter as seguintes formalidades:

I - ser subscrita por autoridade legitimada;

II - referir-se à matéria de competência do Tribunal de Contas;

III - conter indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada;

IV - não se referir apenas a caso concreto;

V - estar instruída com parecer do órgão de assistência técnica e/ou jurídica da autoridade consulente.

§ 2º Além dos requisitos objetivos, o conhecimento da consulta dependerá da relevância jurídica, econômica, social ou da repercussão da matéria no âmbito da administração pública, com conteúdo que possa ter reflexos sobre a administração direta e indireta do Estado ou dos Municípios.

(...)

§ 4º O parecer em consulta possui **caráter normativo** e constitui prejulgamento da tese, mas não de fato ou caso concreto. (g n.)

¹⁴ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

(...) VIII - homologar a desistência da ação;

(...) § 4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

§ 5º A desistência da ação pode ser apresentada até a sentença.

Dada a existência dos requisitos previstos no § 2º do art. 122, observa-se que o âmbito de alcance da consulta é muito mais amplo do que aquele vislumbrado pelo Consulente.

O conteúdo dos questionamentos apresentados a esta Corte, deve, de fato, apresentar relevância jurídica, econômica e social ou interessar a outros jurisdicionados da administração direta e indireta do Estado ou dos Municípios. Caso contrário, sequer deve ser conhecida a Consulta.

Neste sentido, uma vez conhecida a Consulta, a resposta apresentada por esta Corte terá caráter normativo, demonstrando a existência de amplo efeito, muito além do interesse restrito a um dos jurisdicionados da Corte.

Além disso, observo na presente situação encontrar-se o processo em fase de julgamento, portanto regularmente instruído, com apresentação do posicionamento dos demais Conselheiros por meio de Votos Vista. Acolher pedido de desistência na atual fase processual acarretaria prejuízo a esta Corte, tendo em vista os custos já empregados na instrução do feito.

Neste sentido deixo de acolher o pedido de desistência apresentado pelo Presidente da Assembleia Legislativa do Estado.

2.2.2 Do Pedido de Ingresso de Terceiro Interessado

Conforme consta na Petição Intercorrente 12/2021 (peça 18), a Associação dos Magistrados do Espírito Santo – AMAGES pleiteou seu ingresso no feito, ora indicando qualidade de *amicus curiae*, ora como terceira interessada.

O pedido de habilitação nos autos na qualidade de terceiro interessado encontra-se disciplinado art. 294 do Regimento Interno deste Tribunal (Resolução nº 261/2013), e deve ser implementado até o momento imediatamente anterior à inclusão do processo em pauta, conforme disposto no § 6º:

Art. 294. A habilitação de interessado no processo será efetivada, de ofício ou mediante o deferimento, pelo Relator, do pedido de ingresso do terceiro.

(...)

§ 6º O pedido de habilitação de que trata este artigo será indeferido quando formulado após a inclusão do processo em pauta.

Conforme ressaltou o Conselheiro Relator a petição do interessado ingressou nos autos após o encerramento da fase instrutória, quando já havia se iniciado o julgamento na 40ª Sessão Plenária desta Corte, com prolação do Voto 3518/2020, assim como do Voto Vogal 26/2020, do Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun.

E complementa:

“Ainda que a Resolução TCEES nº. 261/2013 não tenha tratado especificamente da figura do *amicus curiae*, é de se ver que a razão de rejeitar o ingresso de terceiro interessado no feito naquela fase processual se aplica perfeitamente a qualquer pretensão formulada no mesmo sentido quando a figura utilizada para a participação nos autos venha através do chamado “amigo da Corte”.

Desta forma, e com fulcro no disposto no art. 294, §6º da Resolução TCEES nº 261/2013, indeferiu o pleito da Associação dos Magistrados do Estado do Espírito Santo – AMAGES para figurar no feito, seja na condição de terceiro interessado, seja como *amicus curiae*.

Peço vênia para discordar do entendimento apresentado pelo Conselheiro Relator.

Trata-se o *amicus curiae* (amigo da corte) de agente colaborador, que tem por finalidade fornecer subsídios aos tribunais, oferecendo-lhes suporte técnico para questões de interesse público, implicando melhoria na qualidade das decisões.

De fato, nos normativos desta Corte inexistente expressa menção ao *amicus curiae*. Por esta razão é possível a utilização subsidiária do Código de Processo Civil, conforme autorização constante na Lei Complementar nº 621/2012¹⁵.

Tem-se o disposto no art. 138 do CPC:

¹⁵ Art. 70. Aplicam-se aos processos no âmbito do Tribunal de Contas, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil.

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Neste sentido, inexistente limitação legal quanto a fase processual de admissão do *amicus curiae*.

Assim, observa-se a possibilidade de ingresso em qualquer fase do processo, desde que seja útil a contribuição que possa prestar.

Esta Corte, historicamente, adota posicionamento favorável à possibilidade de realização de audiências públicas em processos sob sua jurisdição, em especial em razão da relevância da matéria e o alcance geral da decisão a ser proferida. Foi o que ocorreu nos Processos TC 10187/2015 (relator Cons. Carlos Ranna) e TC 5617/2012 (relator Cons. Rodrigo Chamoun).

No processo TC 1087/2015, ressaltou-se: (...) “tendo em conta tratar-se da criação de um Diário Oficial para o fim de possibilitar aos municípios, filiados à AMUNES, englobando a administração direta e indireta, bem como ao Poder Legislativo municipal, a publicação e a divulgação de seus atos normativos e administrativos na rede mundial de computadores, entendo ser necessária a realização de audiência pública por este Tribunal, a fim de que possam ser ouvidos profissionais da área de comunicação, entidades de classe, jurisdicionados e outros interessados acerca da preservação, ou não, do interesse público e sobre as vantagens e/ou desvantagens na utilização da modelagem ora sob estudo. Além de que com tal medida estaremos a permitir que a sociedade civil organizada participe ativamente da definição do tema cujo cerne é de grande interesse social, visto que atinge a publicidade e a transparência dos atos da Administração.

Não há em nossa Corte regramento acerca do instituto, porém já contamos com um precedente – voto do Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun no Processo

TC 5617/2012, o qual tomo a liberdade de reproduzir em parte: [...] Mesmo com a carência normativa observada aqui nesta Corte de Contas quanto à possibilidade de realização de audiência pública em processos sob nossa jurisdição, valho-me das orientações oriundas da ATRICON, Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil, expostas no Manual de Boas Práticas Processuais dos Tribunais de Contas, já aprovado pelo Conselho Deliberativo (...) (Voto 2809/2015 do TC 10187/2015)

No que se refere aos presentes autos, entendo possível o ingresso da Associação dos Magistrados do Espírito Santo – AMAGES no feito, como *amicus curiae*, especialmente em razão da existência de posicionamentos diversos sobre o tema, demonstrados nos votos vista apresentados pelos Conselheiros, havendo efetiva possibilidade de contribuição da entidade na elaboração da decisão a ser prolatada por esta Corte.

Observa-se que os requisitos estabelecidos no caput do art. 138 encontram-se em consonância com os requisitos de admissibilidade da presente consulta: relevância da matéria, especificidade do tema e repercussão geral da controvérsia

Ressalto ainda os arts. 29 e 30 da LINDB, que indicam a possibilidade de realização de consulta pública nos casos em que há incerteza jurídica, procurando trazer transparência, previsibilidade e segurança jurídica à normatização a ser implementada:

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no **caput** deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Pelo exposto, **voto pelo deferimento do pedido** da Associação dos Magistrados do Espírito Santo – AMAGES de ingresso no feito como *amicus curiae* e passo a análise do mérito.

2.3 Do Mérito

Após detida análise dos autos, **entendo não merecer reparos o posicionamento exarado na Instrução Técnica de Consulta 8/2020**, com a qual corroborou o Ministério Público de Contas no Parecer 3171/2020. **No mesmo sentido o entendimento do Conselheiro Relator Sérgio Manoel Nader Borges** (Voto 3518/2020, Voto Complementar 359/2021 e Voto Complementar 2158/2021), **que acompanho, na íntegra.**

Os questionamentos apresentados pelo Consultante foram postos nos seguintes termos:

- a) Os pagamentos retroativos a servidores e terceiros, quando reconhecidos por decisão administrativa, estão sujeitos à incidência de correção monetária e de juros moratórios? Em caso afirmativo, quais os critérios (termo inicial, índices, percentuais) aplicáveis a tais pagamentos?
- b) No caso de servidores públicos, qual seria a base de cálculo para eventual incidência de juros de moratórios (*sic*) e atualização monetária, a remuneração vigente à época do fato gerador ou a data do efetivo pagamento (art. 70, § 2º, LC nº 46/94)?

Em resposta, a Instrução Técnica de Consulta 8/2020 apresenta o **posicionamento do Supremo Tribunal Federal no RE 870947**, como parâmetro a ser seguido, tendo em vista coadunarem-se as diretrizes apresentadas com as indagações propostas, nos seguintes termos:

III. ANÁLISE DAS QUESTÕES SUSCITADAS NA CONSULTA

A Administração Pública, em suas relações com particulares, a teor da regra geral de Direito Civil, deve ser pontual no cumprimento de suas obrigações. Por

razões diversas, entretanto, ocorre de não adimpli-las ao certo tempo. Limitações financeiras e orçamentárias, responsabilidade fiscal ou simples ineficiência são casos que comprometem a tempestiva quitação de débitos. Sobre o tempo do pagamento, leciona Cassettari¹⁶:

7.9.1.5. Do tempo do pagamento (arts. 331 a 333 do CC)

A obrigação deverá ser paga no vencimento. Caso não houver vencimento, deverá ser paga imediatamente, após notificação do devedor pelo credor, porém dentro de um prazo razoável, concedido pelo credor na interpelação, que deverá levar em consideração o objeto do pagamento. Se for ele de pouco valor, pode-se dar um prazo exíguo; sendo de valor elevado, o prazo deve ser compatível para permitir que o devedor possa levantá-lo.

No caso da Administração Pública, quase sempre é possível identificar com precisão o termo inicial do pagamento, seja a data estipulada em contrato ou a aquisição de um direito pelo servidor público, cujo direito a percepção monetária se inicia em data demarcada por lei ou regulamento.

Contudo, em certas situações, ocorrem circunstâncias em que a Administração não paga devido a incertezas quanto ao valor ou às circunstâncias que ensejam o pagamento.

Surgem daí atrasos nos pagamentos que podem se estender por anos, a ponto de criar outras controvérsias como dúvidas na correção do valor, ou juros de mora, como se discute neste processo.

Tamanho problema não haveria se os processos administrativos fossem concluídos em prazo razoável para sanar qualquer dúvida quanto aos créditos. Certamente, o direito à duração razoável do processo administrativo é reconhecido, mas as leis não fixam consequências ao seu descumprimento. A propósito, é interessante a construção legislativa italiana que fixou multa à administração que não encerrar o processo administrativo no prazo.

Segundo Garofoli e Ferrari¹⁷:

(...) o sujeito que tenha inutilmente apresentado um pedido à administração em relação à qual subsiste a obrigação de se pronunciar (...), pode requerer, a título de indenização pelo “mero” atraso, uma soma de 30 euros para cada dia de atraso (para um total, contudo, não superior a 2.000 euros) com o

¹⁶ CASSETTARI, Christiano. *Elementos de Direito Civil*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 209.

¹⁷ GAROFOLI, Roberto e FERRARI, Giulia. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 8ª ed. Roma: Nel Diritto Editore, 2015, p. 773.

escoamento da data de vencimento do termo para fechar o procedimento.¹⁸
(tradução nossa)

A consulta em tela tem como pressuposto o fato de que a Administração será impontual em seus pagamentos. Assim sendo, para reparar o ilícito que já se sabe que ocorrerá, vem ao Tribunal de Contas inquirir acerca de como tratar as consequências.

Tem-se que, a partir do início da mora, o valor deverá ser corrigido para que o poder aquisitivo não seja corroído pela inflação (correção monetária). Ademais, outra consequência é a necessidade de que se paguem juros de mora. Estes não se confundem com aquela.

A correção monetária atualiza o valor pela inflação. Os juros de mora remuneram o capital imobilizado. Portanto, se, há anos, na época certa, o credor tivesse recebido o valor que lhe era devido, seu capital seria investido e lhe renderia dividendos. Como apenas recebeu *a posteriori*, deve receber juros como se pudesse ter investido a importância desde aquela época.

Vê-se que os juros de mora devem incidir sobre o capital atualizado (após a correção monetária). Se assim não fosse, a rentabilidade ocorreria de maneira defasada.

A propósito das taxas a serem aplicadas para o cálculo da correção monetária e dos juros de mora, houve, recentemente, uma decisão no Recurso Extraordinário 870947/SE, com repercussão geral, que afeta sensivelmente este debate:

Julgado mérito de tema com repercussão geral

TRIBUNAL PLENO

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, apreciando o tema 810 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso para, confirmando, em parte, o acórdão lavrado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, (i) assentar a natureza assistencial da relação jurídica em exame (caráter não-tributário) e (ii) **manter a concessão de benefício de prestação continuada (Lei nº 8.742/93, art. 20) ao ora recorrido (iii) atualizado monetariamente segundo o IPCA-E** desde a data fixada na sentença e (iv) fixados os juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Vencidos, integralmente o Ministro Marco Aurélio, e parcialmente os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ao final, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, fixou as seguintes teses, nos termos do voto do Relator: 1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a

¹⁸ No original: (...) il soggetto che abbia inutilmente presentato un'istanza all'amministrazione, in relazione alla quale sussiste l'obbligo di pronunciare (...), può chiedere, a titolo di indennizzo per il ritardo (per un totale comunque non superiore a 2.000 euro) com decorrenza dalla data di scadenza del termine per chiudere il procedimento.

redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); **quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional**, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, **na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina**. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.9.2017. (grifos nossos)

O papel pedagógico das decisões do STF se perfaz claramente neste caso. O Excelso Pretório, diferencia a correção monetária em casos tributários e não tributários. Naqueles, estipula que a correção deve ser pelos mesmos critérios que a Administração utiliza para seus créditos, por isonomia.

Em relação aos créditos não tributários, que interessam ao nosso estudo, a decisão fixou como critério de atualização monetária o índice IPCA-E, por considerar que é o índice que mais fielmente recompõe o poder aquisitivo, em detrimento do critério anterior que, de tão pequena atualização, chegava a comprometer o direito de propriedade.

Em relação ao índice de juros de mora, permanece sendo o da caderneta de poupança.

Ainda sobre o mencionado recurso extraordinário, houve diversos embargos de declaração postulando a modulação dos efeitos do acórdão para que o novo critério de correção monetária tivesse efeitos *ex nunc*, mas foram rejeitados por maioria. Assim sendo, os efeitos da decisão são *ex tunc*.

Como são diversos embargos de declaração, com decisões iguais, transcreveremos apenas a primeira, para não cansar o leitor:

Embargos rejeitados

TRIBUNAL PLENO

Decisão: (ED) O Tribunal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Luiz Fux (Relator), Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (Presidente). Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, que votaram em assentada anterior. Plenário, 03.10.2019.

Portanto, com segurança, podemos afirmar que numa relação não tributária, o IPCA-E é o índice adequado para correção monetária e o índice da caderneta de poupança é o adequado para a correção dos juros de mora, seja num pagamento a servidores ou a terceiros.

Por fim, considerando as mencionadas alterações no tratamento da questão, temos que a resposta trazida pelo item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001, referida no relatório, perdeu atualidade e já não serve como parâmetro para a questão, conforme expusemos.

Assim sendo, opinamos pela **revogação do item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001**.

IV. RESPOSTAS AOS QUESITOS

A partir do arrazoado até aqui discutido, respondemos aos quesitos nos seguintes termos:

- a) Sim. O termo inicial para a correção monetária e os juros de mora será o do surgimento do crédito. O índice para a correção monetária será o IPCA-E, com o percentual nele previsto ao longo do tempo. O índice para os juros de mora será o da caderneta de poupança, com o percentual nela previsto ao longo do tempo.
- b) A base de cálculo será a remuneração vigente à época do surgimento do crédito (não do fato gerador, que pode ter ocorrido antes). Observe-se que a correção monetária deve ser feita antes que se proceda ao cálculo dos juros de mora, que sobre ela incidem.

V. CONCLUSÃO

Diante das razões fáticas e jurídicas expostas na presente instrução, opina-se por conhecer da presente consulta para:

- 1. Revogar o item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001;**
- 2. Responder à consulta nos termos do item IV. RESPOSTAS AOS QUESITOS.**

Pois bem.

Observo ter o Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto apresentado o Voto Vista 15/202, assim como o Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, o Voto Vogal 8/202, divergindo de tal posicionamento.

O Conselheiro Sérgio Aboudib ressalta que o índice de correção monetária deve ser estabelecido por cada ente federado, respeitada a autonomia, nos moldes delineados no Parecer em Consulta 29/2001.

O Conselheiro entende que o RE 870947 não se aplica à situação em exame, tendo em vista tratar especificamente de lei federal e aplicar-se somente a processos judiciais. Esclarece que tal julgado somente se aplica a condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, não sendo possível sua utilização nos casos de pagamentos administrativos retroativos.

Indica ainda que a Lei Federal 9494/97 cuida de direito processual, e ainda que tratasse de direito administrativo não poderia ser aplicada aos Estados em obediência ao art. 18 da CF.

Ressalta ser o IPCA um dos índices adequados para recomposição da perda do poder aquisitivo da moeda. Entretanto, cabe a cada ente adotar o índice que reputar mais adequado, com base em sua autonomia.

Entende ainda pela impossibilidade do pagamento de juros de mora no âmbito administrativo. Ressalta que a maioria dos casos envolve pretensão de servidores públicos que demonstram iliquidez do crédito, dependente, portanto de apuração para quantificação do valor. Trata-se de mora *ex persona*, dependente de providência do credor. Por esta razão, os juros de mora somente são devidos a partir da citação efetuada no âmbito judicial.

Ressalta, caso prevaleça o entendimento com base nas diretrizes dispostas no RE 870947, “que o novo entendimento somente pode ser aplicado para pagamentos administrativos retroativos referentes a verbas/direitos que surgirem a partir da publicação do acórdão do presente parecer consulta, não abrangendo pagamentos já efetuados e pagamentos pendentes de concretização referentes a direitos anteriores já reconhecidos a publicação do acórdão do parecer consulta”, por força dos arts. 23 e 24 da LINDB.

O Conselheiro Rodrigo Chamoun, acompanha o entendimento do Conselheiro Sérgio Aboudib, especialmente quanto à necessidade de observância ao princípio da autonomia (art. 18 da CF), retificando voto anteriormente proferido.

Complementa esclarecendo, ante a inexistência de norma acerca da correção monetária no âmbito do ente federativo, dever ser aplicada analogicamente norma estadual que disponha sobre qualquer tipo de correção monetária em favor da própria fazenda pública, recomendando, portanto, no âmbito estadual a adoção da Valor de Referência do Tesouro Estadual - VRTE estipulada pela Lei 6.556, de 28 de dezembro de 2000 e no âmbito municipal, o indexador equivalente que promova a correção monetária dos créditos de natureza tributária devidos à fazenda pública desde que não prescritos.

Ainda sobre a correção monetária, recomenda aos entes que vierem a legislar sobre o tema para o futuro, que se abstenham de adotar a caderneta de poupança como indexador, já que o Supremo Tribunal Federal vedou a sua utilização, na forma do Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810 da Repercussão Geral).

Dissente do voto do Conselheiro Sérgio Aboudib apenas por considerar que “os débitos administrativos a serem objeto de correção monetária a partir da publicação deste parecer em consulta, mesmo que versem sobre direitos reconhecidos, podem ser corrigidos pelo indexador aqui sugerido (VRTE ou o que lhe faça as vezes no âmbito municipal) eis que não haverá ofensa à legalidade estrita.

Quanto aos juros de mora, acompanha o entendimento apresentado pelo Conselheiro Sérgio Aboudib, pela não incidência dos mesmos em sede administrativa.

Razões deste voto (Cons. Sebastião Carlos Ranna de Macedo)

Da aplicabilidade do Recurso Extraordinário 870.947/SE

Peço vênias para discordar dos retrosmencionados argumentos apresentados pelos Conselheiros Aboudid e Chamoun.

Na minha compreensão, a resposta à presente Consulta, acerca da utilização dos índices para pagamento de correção monetária e juros moratórios, deve pautar-se no entendimento do Supremo Tribunal Federal, exarado no Recurso Extraordinário 870.947/SE, como muito bem indicado pela área técnica na Instrução Técnica de Consulta 8/2020.

Em relação aos créditos não tributários, o STF fixou como índice de atualização monetária IPCA-E, por considerar ser o índice que mais fielmente recompõe o poder aquisitivo. Conforme consta do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, o índice deve ser aplicado a todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, de quaisquer dos entes federados:

(...) A fim de evitar qualquer lacuna sobre o tema e com o propósito de guardar coerência e uniformidade com o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a questão de ordem nas ADIs nº 4.357 e 4.425, entendo que devam ser idênticos os critérios para a correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública. Naquela oportunidade, a Corte a Corte assentou que, após 25.03.2015, todos os créditos inscritos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). Nesse exato sentido, voto pela aplicação do aludido índice a todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, qualquer que seja o ente federativo de que se cuide. (...) (g.n.)

O país tem, de fato, diversos indicadores oficiais que medem a variação de preços. Entretanto, como bem elucidou o julgado, o índice escolhido pelo Banco Central para medir a inflação oficial foi o IPCA-E (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial), calculado pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Tal índice também foi estabelecido pela Corte Suprema na análise das ADIs nº 4.357 e 4.425, para a correção monetária de precatórios, demonstrando, portanto que o indicador deve também ser usado na instância administrativa.

Em relação ao índice a ser utilizado para o pagamento de juros de mora, a Corte Suprema, também no RE 870.947/SE, estabelece ser o da remuneração da caderneta de poupança.

Os juros decorrentes da mora consistem na modalidade de juros pagos em virtude do retardamento no cumprimento da obrigação pela Administração Pública. Visam, portanto, a remunerar o atraso na satisfação do crédito.

Conforme se extrai do Voto do Relator, Ministro Luiz Fux, acompanhado pela maioria:

(...)

Concluo esta primeira parte do voto manifestando-me pela reafirmação da tese jurídica já encampada pelo Supremo Tribunal Federal e assim resumida:

1. Quanto aos juros moratórios incidentes sobre condenações oriundas de relação jurídico-tributária, devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput);

2. Quanto aos juros moratórios incidentes sobre condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, devem ser observados os critérios fixados pela legislação infraconstitucional, notadamente os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme dispõe o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. (...)"

E ainda:

(...)

Não vislumbro qualquer motivo para aplicar critérios distintos de correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública.

Eis as minhas razões.

A finalidade básica da correção monetária é preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. Enquanto instrumento de troca, a moeda fiduciária que conhecemos hoje só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. Ocorre que a inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIW, N.G. Macroeconomia. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R., FISCHER, S. e STARTZ, R. Macroeconomia. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. Macroeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29).

(...)

Como ilustrado acima, existem diferentes índices de preços voltados a medir a inflação. Todos eles têm suas vantagens e desvantagens, sendo mais ou menos adequados para uma dada situação concreta. Sem embargo, cada índice é, em abstrato, um termômetro da inflação. O que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal veda é a fixação judicial do "melhor" termômetro (índice) ou a discussão acerca da "verdadeira" temperatura (inflação). Isso não se confunde com a invalidação judicial de critérios que, por definição, não são índices de inflação.

(...)

Como se verá a seguir, a remuneração da caderneta de poupança não guarda pertinência com a variação de preços na economia, sendo manifesta e abstratamente incapaz de mensurar a variação do poder aquisitivo da moeda.

(...)

Ademais, é curioso notar que o regime brasileiro de metas de inflação não utilize a remuneração da caderneta de poupança como seu critério norteador. **É o IPCA, calculado pelo IBGE, o índice escolhido pelo Banco Central. A razão é óbvia: seria baixa a credibilidade de uma política econômica de controle da inflação cujo termômetro não apresentasse qualquer vínculo com a variação de preços no País.**

(...)

Ora, se o Estado não utiliza a caderneta de poupança como índice de correção quando tem o objetivo de passar credibilidade ao investidor ou de atrair contratantes, é porque tem consciência de que o aludido índice não é adequado a medir a variação de preços na economia.

(...)

Por todas as razões expostas, voto no sentido de, no caso concreto, dar provimento parcial ao recurso extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), para, confirmando, em parte, o acórdão lavrado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, (i) assentar a natureza assistencial da relação jurídica em exame (**caráter não-tributário**) e (ii) manter a concessão de benefício de prestação continuada (Lei nº 8.742/93, art. 20) ao ora recorrido (iii) **atualizado monetariamente segundo o IPCA-E** desde a data fixada na sentença e (iv) **fixados os juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança**, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Quanto à **tese da repercussão geral**, voto pela sua consolidação nos seguintes termos:

1. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); **quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional**, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09;

2. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a **atualização monetária** das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

A fim de evitar qualquer lacuna sobre o tema e com o propósito de guardar coerência e uniformidade com o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a questão de ordem nas ADIs nº 4.357 e 4.425, **entendo que devam ser idênticos os critérios para a correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública. Naquela oportunidade, a Corte a Corte assentou que, após 25.03.2015, todos os créditos inscritos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). Nesse exato sentido, voto pela aplicação do aludido índice a todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, qualquer que seja o ente federativo de que se cuide. (...) (g.n.)**

Os fundamentos apresentados pela Corte Suprema podem e devem ser utilizados também no âmbito administrativo, conforme ressaltou o Ministro Alexandre de Moraes, prolator do voto que conduziu a formação da maioria, no julgamento dos Embargos de Declaração:

“A distinção do objeto da Repercussão Geral neste RE 870.947, em relação às ADIs 4357 e 4425, estaria na maior amplitude (**correção monetária de débitos em qualquer fase processual e mesmo na instância administrativa**) e na natureza da relação jurídica em que surgido o crédito em desfavor da Fazenda Pública – no caso julgado, trata-se de pagamento de benefício de assistência pelo INSS .” (g.n.) (Terceiros Emb. Decl. no RE)

É importante ressaltar também a repercussão geral reconhecida pelo STF (Tema 810), indicando a existência de questão relevante e que ultrapassa os interesses subjetivos da causa, havendo repercussão sobre outras relações jurídicas.

A Instrução Técnica de Consulta 8/2020 também, acertadamente, indicou os efeitos *ex tunc* da referida decisão do STF no RE 870.947.

Conforme ressaltou a área técnica, diversos embargos de declaração foram apresentados à Corte postulando a modulação dos efeitos para que o novo critério de correção monetária tivesse efeitos *ex nunc*. Entretanto, foram todos rejeitados.

Observo, igualmente, encontrar-se delineada a jurisprudência das Cortes Superiores sobre a matéria.

O Superior Tribunal de Justiça também enfrentou o tema referente ao pagamento de correção monetária e juros de mora pela Administração Pública no Resp. 1.492.221,

e assentou entendimento em consonância com o STF, além de apresentar detalhamento acerca da utilização dos índices ao longo do tempo, nos termos que seguem aqui transpostos.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 02/STJ. DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009) ÀS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA. CASO CONCRETO QUE É RELATIVO A CONDENAÇÃO JUDICIAL DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. • TESES JURÍDICAS FIXADAS.

1. Correção monetária: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza.

1.1 Impossibilidade de fixação apriorística da taxa de correção monetária. No presente julgamento, o estabelecimento de índices que devem ser aplicados a título de correção monetária não implica pré-fixação (ou fixação apriorística) de taxa de atualização monetária. Do contrário, a decisão baseia-se em índices que, atualmente, refletem a correção monetária ocorrida no período correspondente. Nesse contexto, em relação às situações futuras, a aplicação dos índices em comento, sobretudo o INPC e o IPCA-E, é legítima enquanto tais índices sejam capazes de captar o fenômeno inflacionário.

1.2 Não cabimento de modulação dos efeitos da decisão. A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório.

2. Juros de mora: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), na parte em que estabelece a **incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública**, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária.

3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação.

3.1 Condenações judiciais de natureza administrativa em geral. As condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a

incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.

3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos. As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E.

3.1.2 Condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas. No âmbito das condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas existem regras específicas, no que concerne aos juros moratórios e compensatórios, razão pela qual não se justifica a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), nem para compensação da mora nem para remuneração do capital.

3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária. As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009).

3.3 Condenações judiciais de natureza tributária. A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de débitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN). Observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, é legítima a utilização da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.

4. Preservação da coisa julgada. Não obstante os índices estabelecidos para atualização monetária e compensação da mora, de acordo com a natureza da condenação imposta à Fazenda Pública, cumpre ressaltar eventual coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices diversos, cuja constitucionalidade/legalidade há de ser aferida no caso concreto.

• SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO.

5. No que se refere à alegada afronta aos arts. 128, 460, 503 e 515 do CPC, verifica-se que houve apenas a indicação genérica de afronta a tais preceitos, sem haver a demonstração clara e precisa do modo pelo qual tais preceitos legais foram violados. Por tal razão, mostra-se deficiente, no ponto, a fundamentação recursal. Aplica-se, por analogia, o disposto na Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

6. Quanto aos demais pontos, cumpre registrar que o presente caso refere-se a condenação judicial de natureza previdenciária. Em relação aos juros de mora, no período anterior à vigência da Lei 11.960/2009, o Tribunal de origem determinou a aplicação do art. 3º do Decreto-Lei 2.322/87 (1%); após a vigência da lei referida, impôs a aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009). Quanto à correção monetária, determinou a aplicação do INPC. Assim, o acórdão recorrido está em conformidade com a orientação acima delineada, não havendo justificativa para reforma.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, c/c o art. 256-N e seguintes do RISTJ. (g.n.)

Vê-se, portanto, que, quanto à impossibilidade do pagamento dos juros de mora no âmbito administrativo, os argumentos não merecem prosperar.

Ora, se a Administração reconhece a existência de um direito, não há porque afastar o pagamento de juros de mora e ele referentes. Inexiste discricionariedade por parte da Administração de, estando em mora, não realizar pagamento referente ao atraso. A mora não pode ser utilizada em prejuízo do servidor público ou terceiro que possua relação jurídica com a Administração.

É preciso distinguir situações onde há necessidade de judicialização em razão da impossibilidade de reconhecimento da existência do direito na via administrativa, daquelas em que a Administração reconhece a existência do direito, embora tardiamente.

Decorrendo os juros de mora do retardamento no cumprimento da obrigação, não há porque afastar o seu pagamento no âmbito administrativo. A ausência de pagamento em tais situações acarretaria enriquecimento ilícito da Administração, situação vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Enriquecimento sem causa é o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem, sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea. É perfeitamente assente que sua proscrição constitui-se em um princípio geral de direito.”¹⁹

É certo que a Administração Pública exige o recebimento de seus créditos com os acréscimos de correção monetária e juros de mora. Desta forma, em respeito ao Princípio da Isonomia, deve também realizar o pagamento de seus débitos utilizando-se dos mesmos critérios.

Importante por fim destacar que esta Corte de Contas apresenta o salutar histórico de seguir o entendimento do Supremo Tribunal Federal em decisões atinentes à sua competência, demonstrando opção por seguir o decidido pelo STF em regime de repercussão geral.

Neste sentido a Decisão Plenária 15/2020, que dispõe sobre as deliberações nos processos em que o Prefeito figura como ordenador de despesas (Tema 835), acolheu o entendimento do STF, que fixou a tese jurídica de repercussão geral, em sede do Recurso Extraordinário nº 848.826/DF, segundo a qual “para os fins do artigo 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar nº 64/1990, a apreciação das contas de prefeitos, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos vereadores”.

O Plenário desta Corte também tem decidido pelo sobrestamento dos processos em que há prescrição e indicativo de condenação por dano ao erário. Tal posicionamento vem sendo adotados pelos Conselheiros até decisão do Recurso Extraordinário nº 636.886 pelo Supremo Tribunal Federal, em que foi reconhecida a existência de Repercussão Geral (Tema 899), onde se analisa a prescrição da pretensão ressarcitória (Processos TC 3061/2012 – Decisão 1128/2020; TC 2839/2014 – Decisão 1332/2020; TC 1574/2006 – Decisão 1486/2021, dentre

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Princípio do enriquecimento sem causa no direito administrativo. Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Número 5 – fev. mar.abr. 2006 - Salvador, Bahia, Brasil. <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=91> (acesso em 12/05/2021)

outros).

Por todo o exposto, entendo deva ser a presente Consulta respondida nos termos propostos na Instrução Técnica de Consulta 08/2020.

Desta forma, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, **corroborando o entendimento da área técnica, do Ministério Público de Contas e do Conselheiro Relator Sérgio Manoel Nader Borges, VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte deliberação que submeto à sua consideração.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão colegiada, ante as razões expostas pelo relator, em:

1 CONHECER da presente Consulta;

2 INDEFERIR o pedido de desistência apresentado pela Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, afastando-se a preliminar suscitada;

3 DEFERIR o pedido de ingresso da Associação dos Magistrados do Espírito Santo – AMAGES como *amicus curiae*;

4 RESPONDER aos questionamentos nos seguintes termos:

1 O termo inicial para a correção monetária e os juros de mora será o do surgimento do crédito. O índice para a correção monetária será o IPCA-E, com o percentual nele previsto ao longo do tempo. O índice para os juros de mora será o da caderneta de poupança, com o percentual nela previsto ao longo do tempo.

2 A base de cálculo será a remuneração vigente à época do surgimento do crédito (não do fato gerador, que pode ter ocorrido antes). Observe-se que a correção monetária deve ser feita antes que se proceda ao cálculo dos juros de mora, que sobre ela incidem.

5 REVOGAR o item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001;

6 DAR CIÊNCIA ao interessado na forma regimental;

7 ARQUIVAR após o trânsito em julgado.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Conselheiro

1. PARECER EM CONSULTA TC-028/2021:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, RESOLVEM os conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão plenária, em:

Preliminarmente, na 29ª sessão ordinária de 2021, pelo indeferimento do pedido de desistência da consulta, restando vencido, neste ponto, o relator; e pelo indeferimento do ingresso da AMAGES como *amicus curiae*, restando vencido, neste ponto, o senhor conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo.

III.1 **CONHECER** a consulta para **RESPONDÊ-LA** nos seguintes termos:

III.1.1 Os pagamentos retroativos a servidores e a terceiros quando reconhecidos por decisão administrativa, não estão sujeitos à incidência de juros de mora e quanto à correção monetária nos entes jurisdicionados desta Corte que não tenham legislado sobre o tema (correção monetária), recomenda-se que adotem o **Valor de Referência do Tesouro Estadual – VRTE, em âmbito estadual e no âmbito municipal, o indexador equivalente** que promova a correção monetária dos créditos de natureza tributária devidos à fazenda pública desde que não prescritos;

III.1.2 Todos os débitos administrativos, desde que não prescritos, a serem objeto de correção monetária **a partir da publicação deste parecer em consulta e do ato ratificador desta recomendação, adotado pelos chefes de executivos, de cada ente, mesmo que versem sobre direitos reconhecidos, podem ser corrigidos pelo indexador aqui sugerido (VRTE ou o que lhe faça as vezes no âmbito municipal)**;

III.1.3 Na hipótese do item anterior, aos entes jurisdicionados que não adotarem a recomendação supra, devem igualmente publicar ato formal estabelecendo o indexador adotado;

III.1.4 Sugere-se aos entes que vierem a legislar sobre o tema para o futuro, que se abstenham de adotar a caderneta de poupança como indexador, já que o Supremo Tribunal Federal – STF, analisando a constitucionalidade de Lei Federal (in casu, o art. 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97) que a instituíra como parâmetro de correção monetária, propugnou pelo entendimento de que

esta não garante a correção efetiva, na forma do **Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810 da Repercussão Geral)**.

II.2 **REVOGAR** o Parecer em Consulta 03/2014 e **MANTER** o item 3 do Parecer em Consulta TC 29/2001;

III.3 Dar **CIÊNCIA** ao consulente, na forma regimental;

III.4 **ARQUIVAR**.

2. Por maioria, nos termos do voto vogal 008/2021 do Conselheiro Presidente. Vencidos o relator e o conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, que mantiveram seus votos.

3. Data da Sessão: 14/09/2021 - 48ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sérgio Manoel Nader Borges (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANÁSTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS
Secretária Geral das Sessões em substituição