

GRUPO I – CLASSE I – Segunda Câmara

TC 030.499/2019-4

Natureza: Pedido de reexame (Aposentadoria).

Órgão/Entidade: Tribunal Superior do Trabalho.

Interessado: Giovana Horta Barreto Nabut (343.937.141-72).

Representação legal: não há.

SUMÁRIO: PESSOAL. APOSENTADORIA. PAGAMENTO DA PARCELA DENOMINADA “OPÇÃO” A SERVIDORA QUE IMPLEMENTOU OS REQUISITOS PARA A INATIVAÇÃO APÓS O ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 20/1998. ILEGALIDADE. NEGATIVA DE REGISTRO. DETERMINAÇÕES. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. ARGUMENTOS INCAPAZES DE MODIFICAR O ACÓRDÃO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Tratam os autos de pedido de reexame interposto por Giovana Horta Barreto Nabut, ex-servidora do Tribunal Superior do Trabalho, contra o Acórdão 4343/2020–TCU–2ª Câmara, que julgou ilegal seu ato de concessão de aposentadoria.

2. A Secretaria de Recursos (Serur), acompanhada pelo representante do Ministério Público junto ao TCU (MPjTCU), examinou detalhadamente o recurso, razão pela qual transcrevo abaixo a análise, com ajustes que julgo pertinentes:

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de pedido de reexame (peça 12) interposto pela Sra. Giovana Horta Barreto Nabut, ex-servidora do Tribunal Superior do Trabalho, contra o Acórdão 4.343/2020 – TCU – 2ª Câmara (Peça 7), que teve como relator o Excelentíssimo Senhor Ministro Aroldo Cedraz.

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. considerar ilegal o ato de concessão de aposentadoria referente a Giovana Horta Barreto Nabut, negando-lhe o respectivo registro;

9.2. dispensar o ressarcimento das quantias indevidamente recebidas de boa-fé, consoante o disposto no Enunciado nº 106 da Súmula de Jurisprudência deste Tribunal;

9.3. determinar ao Tribunal Superior do Trabalho que:

9.3.1. faça cessar, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência desta deliberação, o pagamento decorrente da vantagem “opção” de que trata o art. 2º da Lei 8.911/1994 (c/c art. 18 da Lei 11.416/2006), do ato considerado ilegal, sujeitando-se a autoridade administrativa omissa à responsabilidade solidária, nos termos do art. 262, caput, do Regimento Interno/TCU;

9.3.2. promova o destaque da parcela de quintos incorporada com amparo em funções comissionadas exercidas entre 8/4/1998 a 4/9/2001, mantendo-se o pagamento da vantagem até sua absorção integral por quaisquer reajustes futuros, consoante decidido pelo STF no RE 638.115/CE;

9.3.3. no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência desta deliberação, emita novo ato de concessão de aposentadoria e submeta-o ao Tribunal, após suprimida a irregularidade que ensejou a apreciação pela ilegalidade;

9.3.4. dê ciência, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação deste acórdão, do inteiro teor da deliberação à interessada, alertando-a de que o efeito suspensivo proveniente da interposição de eventual recurso perante o TCU não a exime da devolução dos valores percebidos indevidamente após as respectivas notificações, caso o recurso não seja provido;

9.3.5. no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência desta deliberação, envie a este Tribunal documentos comprobatórios de que a interessada está ciente do julgamento deste Tribunal.

HISTÓRICO

2. O ato de aposentadoria da recorrente foi julgado ilegal, em virtude de constar a incorporação da parcela vulgarmente conhecida como “opção” (vide ato de peça 2).

2.1. Sobre o instituto da “opção”, o Excelentíssimo Senhor Ministro Benjamin Zymler, por ocasião da apreciação do TC 027.914/2013-5 (Acórdão 2.988/2018–TCU–Plenário, Sessão de 12/12/2018), elaborou em seu voto revisor, cujas razões foram integralmente acolhidas pela relatora, ministra Ana Arraes, didático e esclarecedor histórico, o qual será apresentado abaixo, com alguns ajustes de forma, supressões e adições.

Da vantagem “opção”

2.2. Em síntese, a vantagem conhecida como “opção” constituía uma fração variável, conforme definido em lei, da remuneração do cargo em comissão/função de confiança.

2.3. Era um direito conferido ao servidor ocupante de cargo efetivo, que assumia cargo em comissão ou função de confiança, de continuar a ser remunerado com base em seu cargo efetivo, mas com acréscimo decorrente do exercício do novo cargo/função.

2.4. A vantagem tinha por objetivo conferir estímulo financeiro para que o servidor efetivo ocupasse cargo em comissão cuja remuneração fosse inferior à do cargo efetivo.

2.5. Aparentemente, o primeiro normativo que tratou da matéria foi a Lei 4.345/1964, que assim dispôs (grifei):

Art. 1º As tabelas de vencimentos dos cargos efetivos e em comissão, referidas no art.1º da Lei nº 4.242, de 17 de julho de 1963, ficam substituídas pelas seguintes:

.....
§ 2º Ao funcionário nomeado para o exercício de cargo em comissão é facultado optar pelo vencimento do símbolo, previsto na tabela b constante deste artigo, ou pela percepção do vencimento e demais vantagens de seu cargo efetivo acrescido de gratificação fixa, correspondente a 20% (vinte por cento) do valor do símbolo do cargo em comissão respectivo.

2.6. Igual disciplina foi mantida pelo Decreto-Lei 1.445/1976 (que tratava da remuneração dos servidores civis do Poder Executivo, dentre outros). Segundo o art. 3º, a vantagem correspondia a 20% do vencimento do Grupo Direção e Assessoramento Superiores (DAS).

2.7. A legislação foi sendo alterada ao longo do tempo, de modo que não só o percentual foi alterado como também foram acrescentadas outras vantagens/gratificações ao “optante” pela remuneração do cargo efetivo.

2.8. O Decreto-Lei 2.270/1985, por exemplo, permitiu a inclusão da vantagem “representação mensal” no cálculo da vantagem “opção”. O Decreto-Lei 2.365/1987 (art. 10) elevou o percentual para 50% e a Lei 7.706/1988 (art. 4º), para 55%.

2.9. A Lei 8.538/1992 alterou a composição da parcela “opção”, que foi acrescida de 55% da gratificação GADF (Gratificação de Atividade por Desempenho de Função), criada pela Lei Delegada 13/1992.

2.10. Assim, quando da edição da Lei 8.538/1992, a “opção” passou a ser: 55% do vencimento do DAS + 55% da GADF + representação mensal.

2.11. A Lei 8.911/1994 disciplinou o cálculo da opção para os servidores do Poder Executivo, além de tratar do instituto da incorporação de “quintos”, previsto no art. 62 da Lei 8.112/1990. À guisa de clareza, transcrevo o citado dispositivo:

Lei 8.911/1994

“Art. 2º É facultado ao servidor investido em cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento, previstos nesta Lei, optar pela remuneração correspondente ao vencimento de seu cargo efetivo, acrescido de cinquenta e cinco por cento do vencimento fixado para o cargo em comissão, ou das funções de direção, chefia e assessoramento e da gratificação de atividade pelo desempenho de função, e mais a representação mensal.

Parágrafo único. O servidor investido em função gratificada (FG) ou de representação (GR), ou assemelhadas, constantes do Anexo desta Lei, perceberá o valor do vencimento do cargo efetivo, acrescido da remuneração da função para a qual foi designado.”

2.12. A remuneração dos cargos em comissão prevista na Lei 8.911/1994 e que servia de base de cálculo para a vantagem “opção” continuou a ser composta de vencimento básico, GADF e representação mensal.

2.13. As alterações no cálculo da vantagem “opção” continuaram ao longo do tempo. Cito, por exemplo, a Lei 9.030/1995, que estabeleceu que a vantagem equivaleria a 25% da remuneração total do cargo ou função, para os DAS 4 a 6 (art. 2º), que passou a ser paga em rubrica única (sem GADF ou representação mensal). Também previu o pagamento de uma parcela variável, equivalente à diferença entre a remuneração efetiva e a remuneração do cargo em comissão.

2.14. Já a Lei 11.526/2007, alterada pela Lei 12.094/2009, fixou a “opção” como 60% da remuneração do cargo em comissão.

2.15. No âmbito do Poder Judiciário, a Lei 9.421/1996 estabeleceu que a “opção” equivaleria a 70% do vencimento básico da função de confiança.

2.16. Importante registrar que algumas funções – geralmente as de menor valor e ocupadas exclusivamente pelos servidores efetivos – são pagas em valor integral, juntamente com a remuneração do cargo efetivo.

2.17. São as chamadas funções gratificadas ou funções de representação (vide parágrafo único do art. 2º da Lei 8.911/1994). Diversamente dos cargos em comissão, que exigem o afastamento do servidor de seu cargo efetivo, as funções gratificadas não constituem cargo à parte. São apenas gratificações pagas aos servidores efetivos em razão da assunção de maiores responsabilidades.

2.18. Nesses casos, o servidor não recebe a “opção” – já que não tem entre o que optar –, mas, sim, o valor da função gratificada, juntamente com a remuneração de seu cargo efetivo.

2.19. As vantagens decorrentes do exercício de cargo em comissão/função de confiança e função gratificada são de natureza pro labore faciendo, assim como adicionais pagos em razão das

condições específicas de trabalho (insalubridade, trabalho noturno etc.). Ou seja, são de natureza transitória, uma vez que o servidor somente a elas faz jus quando no exercício do cargo ou função.

2.20. *Uma vez que a aposentadoria ocorre no cargo efetivo e os proventos guardam relação com esse cargo, não há como imaginar que vantagens associadas ao cargo em comissão possam compor os proventos de aposentadoria, salvo autorização legal. Isso em virtude do princípio da legalidade. De fato, não se pode relegar ao oblívio a lição de Hely Lopes Meirelles:*

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim” (in Direito Administrativo Brasileiro, 33^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 87-88).

2.21 *A Lei 8.112/1990 disciplinou a matéria nos seguintes termos:*

Art. 193. O servidor que tiver exercido função de direção, chefia, assessoramento, assistência ou cargo em comissão, por período de 5 (cinco) anos consecutivos, ou 10 (dez) anos interpolados, poderá aposentar-se com a gratificação da função ou remuneração do cargo em comissão, de maior valor, desde que exercido por um período mínimo de 2 (dois) anos.

§ 1º Quando o exercício da função ou cargo em comissão de maior valor não corresponder ao período de 2 (dois) anos, será incorporada a gratificação ou remuneração da função ou cargo em comissão imediatamente inferior dentre os exercidos.

*§ 2º A aplicação do disposto neste artigo exclui as vantagens previstas no art. 192, bem como a incorporação de que trata o art. 62, ressalvado o **direito de opção** (grifos acrescidos).*

2.22. *É sobretudo importante ressaltar que o direito de opção, que consta no § 2º supra, diz respeito à opção entre as vantagens dos quintos, da prevista no art. 193 e do art. 192 – e não à parcela vulgarmente chamada de “opção”.*

2.23. *A composição dos proventos deferidos ao servidor que optava por se aposentar na forma do **caput** dependia do tipo de cargo ou função ocupada.*

2.24. *Se ex-ocupante de cargo em comissão, os proventos equivaleriam à remuneração desse cargo. Se ocupante de função gratificada, que é vinculada ao exercício de cargo efetivo, os proventos do servidor seriam compostos pela remuneração do cargo efetivo acrescida da gratificação de função. Isso porque, no último caso, não se trata de um cargo autônomo, com estrutura remuneratória própria, mas de uma mera gratificação paga ao servidor efetivo.*

2.25. *Veja-se que esse dispositivo legal não mencionava expressamente a possibilidade de deferir ao inativo, que preencheu seus requisitos, a parcela da retribuição dos cargos em comissão/função de confiança, conhecida como “opção”, nada obstante ressalve, em seu §2º, o “direito de opção”.*

2.26. *O § 2º do art. 193 da Lei 8.112/1990 apenas autorizava que o servidor optasse por se aposentar na forma do **caput** ou carresse para os proventos de aposentadoria (calculados com base na remuneração do cargo efetivo) as vantagens previstas nos arts. 62 e 192 da Lei 8.112/1990.*

2.27. *Nessa ordem de ideias, poder-se-ia argumentar que não existe amparo legal para o pagamento da “opção” para os inativos, uma vez que a Lei 8.112/1990 não menciona expressamente essa possibilidade.*

2.28. *Contudo, seria também possível extrair diretamente do **caput**, mediante interpretação extensiva, a autorização para o pagamento da parcela “opção” ao inativo. Se o dispositivo conferia*

ao ex-ocupante de cargo em comissão o direito de ter seus proventos calculados com base na remuneração desse cargo, não seria desarrazoado conferir a esse servidor o direito de crescer a seus proventos de cargo efetivo a parcela “opção”. Desse modo, estar-se-ia conferindo ao ex-ocupante do cargo em comissão tratamento semelhante ao do servidor investido em função gratificada.

2.29. Isso porque, em muitos casos, a remuneração do cargo em comissão era inferior à do cargo efetivo. Consequentemente, muitos desses servidores não se beneficiariam do art. 193 da Lei 8.112/1990, ao contrário daqueles que ocuparam função gratificada.

2.30. Todavia, essa interpretação não se coaduna com o pagamento de “quintos”, dada a vedação contida no § 2º do art. 193 da Lei 8.112/1990.

2.31. A razão da vedação de acumulação das vantagens era claramente evitar o bis in idem nos proventos de inatividade, haja vista que a finalidade do pagamento das vantagens era uma só: assegurar estabilidade financeira na inatividade ao servidor que assumiu maiores responsabilidades quando na atividade.

2.32. Não invalida esse raciocínio o fato de que era possível pagar, na atividade, a vantagem dos “quintos” cumulativamente com a gratificação de função ou com a “opção”. Isso é uma distorção do instituto dos “quintos”, pois, em vez de assegurar a estabilidade financeira àquele que se afastasse do cargo ou função, acabava por elevar a remuneração do cargo efetivo ainda quando no exercício do cargo em comissão ou função. Entretanto, isso era prevista em lei, o que não ocorre no caso da inatividade.

2.33. Quando o servidor é necessariamente remunerado com base no cargo efetivo e recebe uma gratificação fixada em lei, deve-se observar a vedação de pagamento cumulativo da gratificação de função com as vantagens previstas nos arts. 62 (“quintos”/“décimos”) e 192 da Lei 8.112/1990. Nesse sentido, cito, dentre inúmeros outros, a Decisão 47/2001-Plenário (rel. Ministro Benjamin Zymler) e os Acórdãos 645/2003-Plenário (rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues) e 814/2005-1ª Câmara (relator Ministro Marcos Vilaça), proferido em processo de inspeção.

2.34. Apesar de não haver expressa previsão legal, a jurisprudência de mais de trinta anos vem aceitando a inclusão da parcela “opção” (pagamento de uma fração da remuneração do cargo em comissão ao servidor que opta pela remuneração do cargo efetivo) nos proventos do inativo que implementou os requisitos do art.180 da Lei 1.711/1952 ou do art. 193 da Lei 8.112/1990. Nada obstante, **não é possível o pagamento da parcela “opção” – quando prevista em lei – com a vantagem dos “quintos”, ex vi do disposto no § 2º do art. 193 da Lei 8.112/1990.**

2.35. Mas não é só: a EC 20/1998 impõe que os proventos da inatividade sejam calculados com base na remuneração do cargo efetivo e que não a superem no momento da concessão da aposentadoria. Assim, **todos os servidores que não implementaram as condições para a aposentação até 15/12/1998 (véspera da vigência da EC 20/1998) não fazem jus à percepção de FC ou da parcela “opção” (se existente na estrutura remuneratória) nos proventos de aposentadoria.**

2.37. Ademais, a aposentadoria deve observar as regras vigentes no momento da implementação de todos os requisitos legais para a concessão do benefício previdenciário, motivo pelo qual não é possível entender que o servidor tenha algum direito adquirido a determinada vantagem paga na aposentadoria até que lhe seja assegurado o próprio direito à inativação.

2.38. Portanto, sob o ponto de vista legal, o cumprimento das exigências do art. 193 da Lei 8.112/1990, por si só, é irrelevante e não produz consequências jurídicas caso não tenham sido atendidos os requisitos para a constituição da situação jurídica na qual a vantagem é devida: a aposentadoria.

2.39. É nesse sentido o disposto no art. 7º da Lei 9.624/1998 (grifos acrescidos):

Art. 7º É assegurado o direito à vantagem de que trata o art. 193 da Lei nº 8.112, de 1990, aos servidores que, até 19 de janeiro de 1995, tenham completado todos os requisitos para obtenção de aposentadoria dentro das normas até então vigentes.

Parágrafo único. A aplicação do disposto no caput exclui a incorporação a que se referia o art. 62 e as vantagens previstas no art. 192 da Lei nº 8.112, de 1990 (grifos acrescidos).

2.40. *Assim, os servidores que não se encontravam em condições de se aposentar quando da revogação do art. 193 do Regime Jurídico Único (até 18/1/1995) não podem se beneficiar dessa vantagem.*

2.41. *De mais a mais, a jurisprudência apregoa que é “vedado ao servidor público carrear para os proventos da aposentadoria ou para a pensão por ele instituída parcela da remuneração sobre a qual não incidiu desconto previdenciário” (Acórdão 5.919/2019-1ª Câmara, de relatoria do ministro Benjamin Zymler, entre outros).*

Dos fundamentos para o julgamento pela ilegalidade da presente aposentadoria

2.42. *Pois bem. Analisando-se o ato de aposentadoria da recorrente (peça 2), podem-se extrair as seguintes informações: a recorrente conta com 33 anos 6 meses e 25 dias de tempo de serviço, sendo que a vigência do ato é a partir de 17/4/2017, com fundamento na EC 47/2005. Assim, só veio a adquirir o direito à aposentação após a vigência da EC 20/1998;*

2.43. *Destarte, a presente concessão é ilegal porque:*

a) houve violação à regra constitucional, introduzida pela Emenda Constitucional 20/1998, que limita o valor dos proventos à remuneração do cargo efetivo;

b) a jurisprudência apregoa que é vedado ao servidor público carrear para os proventos da aposentadoria ou para a pensão por ele instituída parcela da remuneração sobre a qual não incidiu desconto previdenciário.

ADMISSIBILIDADE

3. *Reitera-se o exame de admissibilidade realizado pelo Sar/Serur (peça 13), que opinou pelo conhecimento do recurso, nos termos do artigo 48 da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 285 e 286, parágrafo único, do RI/TCU, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.3, 9.3.1, 9.3.2 e 9.3.3 do Acórdão 4.343/2020-TCU-2ª Câmara, em relação à recorrente. O Excelentíssimo Senhor Ministro João Augusto Ribeiro Nardes, mediante despacho de peça 16, concordou com esta unidade técnica.*

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

Constitui objeto do presente recurso definir se:

a) houve ofensa à EC 20/1998;

b) houve a incidência da contribuição previdenciária sobre a opção até 28/1/1999;

c) houve violação aos princípios da segurança jurídica e da isonomia;

d) houve violação ao direito adquirido;

e) deve ser feita a modulação dos efeitos do acórdão recorrido.

5. Da ofensa à EC 20/1998

5.1. *Aduz-se que não teria havido violação à EC 20/1998, com base nos seguintes argumentos:*

5.2. *Nos termos da legislação em vigor (Lei nº 8.852/1994, art. 1º, inciso III), integra a remuneração do servidor ocupante de cargo efetivo a retribuição pelo exercício de função de direção,*

chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de natureza especial, prevista no art. 62 da Lei 8.112/1990.

5.3. Portanto, o pagamento na aposentadoria da parcela denominada "opção" aos servidores públicos que tenham satisfeito, até a data de 18 de janeiro de 1995, os pressupostos temporais estabelecidos no art. 193 da Lei 8.112/1990, não viola o § 2º do art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998, porque a retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de natureza especial, prevista no art. 62 da Lei 8.112/1990, integra a remuneração do servidor ocupante de cargo efetivo, nos termos do inciso III do art. 1º da Lei 8.852/1994.

Análise:

5.4. O art. 41 da Lei 8.112/1990 assim dispõe:

Art. 41. Remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei.

5.5. Ora, as vantagens decorrentes do exercício de cargo em comissão/função de confiança e função gratificada são de natureza pro labore faciendo. É dizer: são de natureza transitória, uma vez que o servidor somente a elas faz jus quando no exercício do cargo ou função.

5.6. Posta assim a questão, é de se inferir que, diferentemente do alegado pela recorrente, não integra a remuneração dos servidores público federais a parcela vulgarmente chamada de "opção", por ter natureza transitória, e não permanente.

5.7. No que tange à definição de remuneração prevista na Lei 8.852/1994, é de se observar que se aplica, tão somente, ao regramento da referida norma, conforme se pode depreender do disposto em seu art. 1º:

Art. 1º Para os efeitos desta Lei, a retribuição pecuniária devida na administração pública direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União compreende:

(...)

III - como remuneração, a soma dos vencimentos com os adicionais de caráter individual e demais vantagens, nestas compreendidas as relativas à natureza ou ao local de trabalho e a prevista no art. 62 da Lei nº 8.112, de 1990, ou outra paga sob o mesmo fundamento, sendo excluídas:

(...)

5.8. Assim, houve violação ao § 2º do art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998, que assim dispunha:

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

6. Da incidência da contribuição previdenciária até 28/1/1999

6.1. A recorrente aduz que o Plenário do Tribunal de Contas da União somente decidiu pela não incidência da contribuição social sobre a retribuição pelo exercício de função comissionada na sessão de 29/08/2001, ao apreciar representação formulada por unidade técnica da própria Corte de Fiscalização, que deu origem ao Processo 006.153/1999-2 (Decisão 683/2001–TCU–Plenário).

Análise:

6.2. Sobre essa questão, vem à baila as judiciosas considerações do Excelentíssimo Senhor Ministro Benjamin Zymler, por ocasião da apreciação do TC 001.928/2019-8 (Acórdão 5.919/2019–TCU–1ª Câmara, Sessão de 23/7/2019):

9. (...) *As parcelas remuneratórias decorrentes do exercício das funções comissionadas deixaram de constituir base de incidência para a contribuição previdenciária desde 16/12/1998, motivo pelo qual também não podem integrar os proventos de aposentadoria.*

10. *Nessa linha, a própria legislação editada após a EC 20/1998 não previa a incidência de contribuição previdenciária sobre as funções de confiança e assemelhadas, como se depreende do art. 1º da Lei 9.783, publicada em 28/1/1999, na sequência da aprovação da EC 20/1998 (grifos acrescidos):*

“Art. 1º A contribuição social do servidor público civil, ativo e inativo, e dos pensionistas dos três Poderes da União, para a manutenção do regime de previdência social dos seus servidores, será de onze por cento, incidente sobre a totalidade da remuneração de contribuição, do provento ou da pensão. (Vide Lei nº 10.887, de 2004) Vide ADIN 2010, de 1999

Parágrafo único. Entende-se como remuneração de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual, ou quaisquer vantagens, inclusive as relativas à natureza ou ao local de trabalho, ou outra paga sob o mesmo fundamento, excluídas: (...)”

11. *Essa matéria foi objeto da Decisão 683/2001-Plenário, prolatada em 29/8/2001, na qual o Tribunal, acolhendo a dissidência capitaneada pelo Ministro Ubiratan Aguiar, firmou o seguinte entendimento:*

“O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Redator, DECIDE conhecer da Representação formulada pela então Divisão de Pagamento - Dipag/Serec/Segedam e, tendo em vista o disposto nos arts. 40, § 12, 201, § 11, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, firmar o entendimento de que a retribuição pelo exercício de função comissionada não constitui parcela integrante da remuneração sobre a qual incide a contribuição social do servidor público civil ativo, a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 20/98.”

12. *Contra essa decisão foi interposto pedido de reexame pelo Subprocurador-Geral Ubaldo Alves Caldas, que não foi conhecido (Decisão 1077/2001-Plenário).*

6.3. *Em virtude dessas considerações, é de se rejeitar o argumento apresentado.*

7. Da violação aos princípios da segurança jurídica e da isonomia

7.1. *A recorrente aduz que houve violação aos princípios da segurança jurídica e da isonomia, com base nos seguintes argumentos:*

7.2. *O direito do Tribunal de Contas da União de alterar o seu posicionamento deve encontrar limite no princípio da segurança jurídica, também de hierarquia constitucional, pois os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade surgida a cada julgamento de registro de ato de aposentadoria de servidor público, quando há alteração na composição do Colegiado, sob pena de gerar descrédito para o Tribunal de Fiscalização e insegurança jurídica para o administrado.*

7.3. *Na análise do presente pedido de reexame, a recorrente espera que o Tribunal de Contas da União considere, também, os inúmeros atos de aposentadoria julgados e registrados nos últimos 14 (quatorze) anos, tidos como legais por essa Corte de Fiscalização, com base no entendimento firmado, no longínquo dia 30/11/2005, no Acórdão 2.076/2005–TCU–Plenário.*

Análise:

7.4. *Conforme visto no histórico desta instrução, a conclusão de que a presente concessão é ilegal deveu-se, unicamente, ao exame da legislação referente ao instituto da “opção”.*

7.5. *No que tange à jurisprudência superada deste Tribunal, observa-se que os juízes são independentes e somente se submetem à lei, e não à jurisprudência. Sobre o tema, traz-se à colação a doutrina de Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Souto Severo:*

(...) o juiz tem o dever de se rebelar, de reagir, de não ceder, de reafirmar a sua independência, pois é isto que a humanidade, que debruçou sobre o direito toda a regulação das relações de poder, espera dele. Um juiz que, por conveniência, se curva ao entendimento de outros juízes, proferindo decisões contrárias à sua convicção jurídica; que, por comodidade, aplica uma lei que fere a Constituição ou algum preceito dos direitos humanos ou direitos fundamentais; que, por receio de qualquer natureza ou medo, acaba cumprindo uma “ordem” ilegal; ou que, meramente, se abstém de “denunciar” as ameaças que sofre com relação à sua independência; que não exerce com liberdade e responsabilidade as suas atribuições, deixa de ser digno da função que exerce, perde, enfim, na essência, a designação de um autêntico magistrado e quem perde com isto é toda a sociedade (in O Processo do Trabalho como instrumento do Direito do Trabalho e as ideias fora de lugar do Novo CPC. São Paulo: LTr, 2015, p. 107-108)

7.6. *Acrescente-se a doutrina de Mauro Schiavi:*

*Hodiernamente se exige uma postura mais ativa do Juiz para garantir os resultados práticos do processo. A efetividade do processo depende não só de um Juiz imparcial e independente, mas, também, de um magistrado **mais ousado**, comprometido com a **justiça** e com os resultados úteis do processo (in Manual de Direito Processual do Trabalho, 4ª Ed., São Paulo: LTr, 2011, p. 698).*

7.7. *Corroborando essas ideias, registra-se o conselho de Benedito Calheiros Bonfim:*

A dócil submissão à jurisprudência estiola o espírito criador do advogado e do juiz. São os descontentes e os inconformados os propulsores do progresso, raciocínio válido também no campo da ciência do Direito (in Conselhos aos jovens advogados, 3ª Ed., Niterói, RJ: Impetus, 2012, p. 187).

7.8. *De fato, a democracia se faz com respeito à diferença e com divergências. Assim, continua Fábio Konder Comparato:*

*A independência funcional da magistratura, assim entendida, é uma garantia institucional do **regime democrático**. O conceito institucional foi elaborado pela doutrina publicista alemã à época da República de Weimar, para designar as fontes de organização dos Poderes Públicos, cuja função é assegurar o respeito aos direitos subjetivos fundamentais, declarados na Constituição (grifos acrescidos) (apud Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Souto Severo, in O Processo do Trabalho como instrumento do Direito do Trabalho e as ideias fora de lugar do Novo CPC. São Paulo: LTr, 2015, p. 114).*

7.9. *Observa-se que a submissão dos juízes somente à lei não é uma idiosincrasia do Direito brasileiro, mas encontra ressonância na Alemanha, na Áustria, na Dinamarca, na Espanha, na França, na Grécia, na Irlanda, na Itália e em Portugal, conforme pontuam Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Souto Severo:*

Na Alemanha, há disposição expressa no sentido de que “os juízes são independentes e somente se submetem à lei” (art. 97). Na Áustria, “Os juízes são independentes no exercício de suas funções judiciais” (art. 87). Na Dinamarca, “No exercício de suas funções os magistrados devem se conformar à lei” (art. 64). Na Espanha, “A justiça emana do povo e ela é administrada em nome do rei por juízes e magistrados que constituem o poder judiciário e são independentes, inamovíveis, responsáveis e submetidos exclusivamente ao império da lei” (art. 117). Há também norma dispondo que “Toda

pessoa tem o direito de obter a proteção efetiva dos juízes e tribunais para exercer seus direitos e seus interesses legítimos, sem que em nenhum caso esta proteção possa lhe ser recursada” (art. 24).

No mesmo pórtico, o ordenamento jurídico francês prevê: “O presidente da República é garante da independência da autoridade judiciária. Ele é assistido pelo Conselho superior da magistratura. Uma lei orgânica traz estatuto dos magistrados. Os magistrados de carreira são inamovíveis” (art. 64). Na Grécia, há disposição no sentido de que: “A justiça é composta por tribunais constituídos de magistrados de carreira que possuem independência funcional e pessoal” (art. 87-1) e de que “No exercício de suas funções, os magistrados são submetidos somente à Constituição e às leis; eles não são, em nenhum caso, obrigados a se submeter a disposições contrárias à Constituição”(art. 87-2). Na Irlanda, “Os juízes são independentes no exercício de suas funções judiciárias e submetidos somente à presente Constituição e à lei (art. 35-2). Na Itália: “A justiça é exercida em nome do povo. Os juízes se submetem apenas à lei” (art. 101). Em Portugal, “os juízes são inamovíveis. Eles não poderão ser multados, suspensos, postos em disponibilidade ou exonerados de suas funções fora dos casos previstos pela lei” (art. 218-1). E mais: “os juízes não podem ser tidos por responsáveis de suas decisões, salvo exceções consignadas na lei” (art. 218-2) (in O Processo do Trabalho como instrumento do Direito do Trabalho e as ideias fora de lugar do Novo CPC. São Paulo: LTr, 2015, p.115).

7.10. *Ante esses ponderosos argumentos, entende-se que este Tribunal deve interpretar o regramento da “opção” de acordo com as regras de Hermenêutica, e não guiado por precedentes jurisprudenciais oscilantes e superados, que não informam um norte seguro a ser seguido. Nesse sentir, não há que se falar em violação ao princípio da isonomia.*

7.11. *Ademais, observa-se que a jurisprudência deste tribunal sedimentou-se no sentido da irregularidade do pagamento da parcela opção juntamente com quintos, conforme se extrai de centenas de julgados desta Casa, trazendo-se, a título meramente ilustrativo, os seguintes Acórdãos: 1.255/2020, Relator Marcos Bemquerer; 2.793/2019, Relatora Ana Arraes; e 2.646/2019, Relator Vital do Rêgo – todos do Plenário; 6.860/2020, Relator Benjamin Zymler; 6.696/2020, Relator Walton Alencar Rodrigues; e 6.674/2020, Relator Weder de Oliveira – todos da 1ª Câmara; e 6.731/2020, Relator André de Carvalho; 6.574/2020, Relator Augusto Nardes; e 6.178/2020, Relator Raimundo Carreiro – todos da 2ª Câmara.*

7.12. *Sobre o princípio da segurança jurídica, cabe lembrar que a sedimentada jurisprudência da Suprema Corte é no sentido de classificar como ato complexo a concessão de aposentadoria, reforma ou pensão, consoante os seguintes julgados (RMS 3881/SP, MS 19875/DF, RE 195861/ES e MS 23665/DF).*

7.13. *Assim, sendo o ato de aposentadoria complexo, este somente passa a estar plenamente formado (perfeito), válido (afecção da legalidade com reflexo de definitividade perante a Administração) e eficaz (plenamente oponível a terceiros, deixando de apresentar executoriedade provisória) quando recebe o registro pela Corte de Contas. Tal entendimento decorre do disposto no inciso III do art. 71 da Constituição Federal, que estabelece que compete ao Tribunal de Contas da União apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão, assim como a concessão de aposentadoria, reforma ou pensão.*

7.14. *Nessa perspectiva, impõe-se reconhecer que referido ato possui natureza precária, razão pela qual, até que haja o efetivo julgamento e o consequente registro pela Corte de Contas, não há que se falar em direito adquirido, ato jurídico perfeito, proteção da confiança, ou em irredutibilidade dos proventos, tendo em vista a ausência de aperfeiçoamento e definitividade do ato.*

7.15. *A propósito do tema, colaciona-se entendimento esposado pela Corte Constitucional ao decidir no âmbito do RE-195.861/ES:*

APOSENTADORIA - ATO ADMINISTRATIVO DO CONSELHO DA MAGISTRATURA – NATUREZA - COISA JULGADA ADMINISTRATIVA - INEXISTÊNCIA. O ato de aposentadoria exsurge complexo, somente se aperfeiçoando com o registro perante a Corte de Contas. Insubsistência da decisão judicial na qual assentada, como óbice ao exame da legalidade, a coisa julgada administrativa. (grifos acrescentados)

7.16. *No caso em apreço, não houve o respectivo registro em razão da constatação de ilegalidade no ato, o que afasta, por si só, a presunção de legitimidade do ato administrativo que concedeu o benefício à recorrente, não havendo, assim, que se falar em violação da segurança jurídica, de proteção da confiança, de direito adquirido ou de razoabilidade.*

7.17. *Quanto à boa-fé da recorrente, tenha-se presente que já foi considerada ao se dispensar a devolução dos valores indevidamente recebidos, nos termos do subitem 9.2 do acórdão recorrido.*

7.18. *É sobremodo importante ressaltar que este Tribunal tem o poder/dever de apreciar, para fins de registro, os atos de pensão civil na esfera federal, nos termos do art. 71 da Lei Maior. Esta prerrogativa não pode ser infirmada pela sobreposição dos princípios da razoável duração do processo e da eficiência na Administração Pública.*

7.19. *Nesse sentir, é de se opinar pela rejeição dos argumentos apresentados.*

8. Do direito adquirido

8.1. *A recorrente aduz que houve violação ao direito adquirido, com base nos seguintes argumentos:*

8.2. *O Acórdão 1.599/2019–TCU–Plenário desconsidera o princípio constitucional do direito adquirido, estabelecido no inciso XXXVI do art. 5º da Lei Maior, pois a única exigência que fazia o art. 193 da Lei 8.112/1990 era o exercício de função comissionada por cinco anos continuados ou dez interpolados. A referida norma legal não exigia o tempo de serviço para aposentadoria.*

Análise:

8.3. *A aposentadoria deve observar as regras vigentes no momento da implementação de todos os requisitos legais para a concessão do benefício previdenciário, motivo pelo qual não é possível entender que o servidor tenha algum direito adquirido a determinada vantagem paga na aposentadoria até que lhe seja assegurado o próprio direito à inativação.*

8.4. *Portanto, sob o ponto de vista legal, o cumprimento das exigências do art. 193 da Lei 8.112/1990, por si só, é irrelevante e não produz consequências jurídicas caso não tenham sido atendidos os requisitos para a constituição da situação jurídica na qual a vantagem é devida: a aposentadoria.*

8.5. *É nesse sentido o disposto no art. 7º da Lei 9.624/1998 (grifos acrescentados):*

Art. 7º É assegurado o direito à vantagem de que trata o art. 193 da Lei nº 8.112, de 1990, aos servidores que, até 19 de janeiro de 1995, tenham completado todos os requisitos para obtenção de aposentadoria dentro das normas até então vigentes.

*Parágrafo único. A aplicação do disposto no **caput** exclui a incorporação a que se referia o art. 62 e as vantagens previstas no art. 192 da Lei nº 8.112, de 1990 (grifos acrescentados).*

8.6. *Nessa ordem de ideias, opina-se pela rejeição dos argumentos apresentados.*

9. Da modulação dos efeitos da decisão recorrida

9.1. *A recorrente aduz que deveria haver a modulação dos efeitos do acórdão recorrido, com base nos seguintes argumentos:*

9.2. *A Lei 13.655/2018 incluiu no Decreto-Lei 4.657/1994 (LINDB) disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, dentre elas a expressa no acrescido art. 23, segundo o qual: "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".*

9.3. *Por sua vez, o Decreto-Lei 200/1967 estabelece em seu art. 103 que: "Todo servidor que estiver percebendo vencimento, salário ou provento superior ao fixado para o cargo nos planos de classificação e remuneração, terá a diferença caracterizada como vantagem pessoal, nominalmente identificável, a qual em nenhuma hipótese será aumentada, sendo absorvida progressivamente pelos aumentos que vierem a ser realizados no vencimento, salário ou provento fixado para o cargo nos mencionados planos".*

9.4. *Os referidos dispositivos normativos exigem aplicação e não devem ser desconsiderados por parte dessa Corte de Fiscalização, no caso de prevalecer a mudança de entendimento estampada no Acórdão 1.599/2019–TCU–Plenário TCU, até para evitar que os servidores já aposentados, que tenham satisfeito, até a data de 18 de janeiro de 1995, os pressupostos temporais estabelecidos no art. 193 da Lei 8.112/1990 e que tinham assegurados a vantagem decorrente da opção, prevista no art. 2º da Lei 8.911/1994, por decisão do próprio TCU (Acórdão 2.076/2005–TCU–Plenário), venham a sofrer uma redução abrupta em seus proventos de inatividade.*

9.5. *Assim, nada impediria que fosse aplicada a modulação determinada pelo TCU no julgamento da Representação 027.914/2013-5, na sessão de 12/12/2018, que deu origem ao Acórdão 2988/2018 – Plenário, quando tratou da possibilidade de pagamento a servidores aposentados do TCU da vantagem decorrente da “opção”.*

Análise:

9.5. *A decisão paradigma acerca desta temática se deu no Acórdão 2.988/2018–TCU–Plenário (anterior, portanto, ao Acórdão 1.599/2019–TCU–Plenário), quando se decidiu, ainda, que a modulação ali adotada abrangeria, tão somente, os atos já registrados por esta Corte de Contas, conforme se depreende do seu subitem 9.3:*

9.3. determinar à Secretaria-Geral de Administração que transforme em vantagem pessoal, passível de absorção pelos reajustes específicos concedidos às carreiras a que pertencem os servidores deste Tribunal, a retribuição parcial da função comissionada (“opção”) paga a inativos e pensionistas cujos proventos são calculados com base na remuneração do servidor ativo e cujos atos concessórios já tenham sido objeto de registro.

9.6. *Ora, no caso em reexame, o ato administrativo é precário, vez que não houve o respectivo registro em razão da constatação de ilegalidade, o que afasta, por si só, a presunção de legitimidade do ato administrativo que concedeu o benefício à recorrente.*

9.7. *Demais disso, não se examina norma de conteúdo indeterminado, conforme previsto no art. 1º da Lei 13.655/2018, que promoveu alteração na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (art. 23 da LINDB – Decreto-lei 4.657/1942).*

9.8. *Em virtude dessas considerações, é de se rejeitar os argumentos apresentados.*

CONCLUSÃO

10. *Da análise de mérito, conclui-se que:*

- a) o ato em reexame ofendeu a EC 20/1998;
- b) as parcelas remuneratórias decorrentes do exercício das funções comissionadas deixaram de constituir base de incidência para a contribuição previdenciária desde 16/12/1998;
- c) não houve violação aos princípios da segurança jurídica e da isonomia;
- d) não houve violação ao direito adquirido;
- e) não deve ser feita a modulação dos efeitos do acórdão recorrido.

10.1. Por conseguinte, deve-se negar provimento ao presente recurso.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

11. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992:

- a) conhecer do recurso interposto, para, no mérito, negar-lhe provimento;
- b) dar ciência do acórdão que for prolatado à recorrente e aos demais interessados, ressaltando-se que o relatório e o voto que o acompanharem podem ser consultados no endereço www.tcu.gov.br/acordaos, no dia seguinte ao de sua oficialização.”

É o Relatório.

VOTO

Examina-se pedido de reexame interposto por Giovana Horta Barreto Nabut, ex-servidora do Tribunal Superior do Trabalho, contra o Acórdão 4343/2020–TCU–2ª Câmara, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, que considerou ilegal seu ato de concessão de aposentadoria.

2. De plano, ratifico o exame preliminar de admissibilidade no sentido de conhecer do recurso, vez que preenchidas as condições previstas no art. 48 da Lei nº 8.443/92.

3. No mérito, assiste razão à Secretaria de Recursos (Serur), acompanhada pelo Ministério Público junto ao TCU (MPjTCU) em cota singela, cujos argumentos incorporo às minhas razões de decidir, quanto à negativa de provimento do recurso.

4. Com efeito, a recorrente esteia seus argumentos no seguinte: i) ausência de ofensa à EC 20/1998; ii) incidência da contribuição previdenciária pelo exercício de função comissionada até 28/1/1999; iii) violação ao princípio da segurança jurídica e da isonomia; iv) violação ao direito adquirido; e v) deveria haver modulação dos efeitos do acórdão recorrido.

5. O argumento de que a parcela denominada opção integra a remuneração do servidor em cargo efetivo e que sua concessão não implicaria em ofensa à EC 20/1998 não merece prosperar. O art. 40, § 2º, da Constituição Federal, com a redação dada pela referida emenda, prevê que os proventos de aposentadoria não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria. As vantagens pecuniárias que são acrescidas à remuneração do servidor são tão somente as de caráter permanente, o que não é o caso da vantagem “opção”, que possui natureza transitória.

6. Quanto ao argumento de que o Plenário do Tribunal de Contas da União somente decidiu pela não incidência da contribuição social sobre a retribuição pelo exercício de função comissionada na sessão de 29/08/2001, ao apreciar representação formulada por unidade técnica da própria Corte de Fiscalização, que deu origem ao Processo 006.153/1999-2 (Decisão 683/2001 - TCU Plenário), destaco que este ato foi considerado ilegal devido à violação à regra constitucional, introduzida pela Emenda Constitucional 20/1998, que limita o valor dos proventos à remuneração do cargo efetivo. À vista disso, mostra-se irrelevante discutir a incidência da contribuição previdenciária até 28/1/1999.

7. No tocante aos argumentos de violação do princípio da segurança das relações jurídicas e do direito adquirido estes não merecem prosperar, vez que contrários ao posicionamento sedimentado deste Tribunal, como evidencia a Súmula 278 do TCU:

Os atos de aposentadoria, reforma e pensão têm natureza jurídica de atos complexos, razão pela qual os prazos decadenciais a que se referem o § 2º do art. 260 do Regimento Interno e o art. 54 da Lei nº 9.784/99 começam a fluir a partir do momento em que se aperfeiçoam com a decisão do TCU que os considera legais ou ilegais, respectivamente.

8. Nessa perspectiva, impõe-se reconhecer que referido ato possui natureza precária, razão pela qual, até que haja efetivo julgamento e o conseqüente registro pelo Tribunal de Contas, não há que se falar em direito adquirido, ato jurídico perfeito ou em princípio da confiança e estabilidade, tendo em vista a ausência de aperfeiçoamento e definitividade do ato.

9. Por fim, aduz a recorrente de que deveria haver modulação dos efeitos do acórdão recorrido, para evitar que os servidores já aposentados, que tenham satisfeito, até a data de 18 de janeiro de 1995 os pressupostos temporais e que tinham assegurados a vantagem decorrente da opção, prevista no art. 2º da Lei 8.911/1994, venham a sofrer uma redução abrupta em seus proventos de inatividade. Ressalto que o Acórdão 2.988/2018–TCU–Plenário contou com a modulação de seus efeitos, porém tão somente àqueles atos que já haviam sido objeto de registro por este Tribunal, o que não ocorre no caso em questão. Desse modo, tal argumento não merece prosperar.



Ante as razões expostas, VOTO no sentido de que seja conhecido e negado provimento a este pedido de reexame, nos termos do acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 18 de agosto de 2020.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator

ACÓRDÃO Nº 8644/2020 – TCU – 2ª Câmara

1. Processo nº TC 030.499/2019-4.
2. Grupo I – Classe de Assunto: I - Pedido de reexame (Aposentadoria).
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Interessado: Giovana Horta Barreto Nabut (343.937.141-72).
 - 3.2. Recorrente: Giovana Horta Barreto Nabut (343.937.141-72).
4. Órgão/Entidade: Tribunal Superior do Trabalho.
5. Relator: Ministro Augusto Nardes.
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Aroldo Cedraz.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (SERUR); Secretaria de Fiscalização de Pessoal (SEFIP).
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de pedido de reexame contra o Acórdão 4343/2020–TCU–2ª Câmara;

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo relator e com fundamento no art. 71, inciso III, da Constituição Federal e art. 48 da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 285 e 286, parágrafo único, do RI/TCU, em:

- 9.1. conhecer do pedido de reexame para, no mérito, negar-lhe provimento; e
- 9.2. dar ciência desta deliberação ao Tribunal Superior do Trabalho e à recorrente.

10. Ata nº 28/2020 – 2ª Câmara.

11. Data da Sessão: 18/8/2020 – Telepresencial.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-8644-28/20-2.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Ana Arraes (Presidente), Augusto Nardes (Relator), Aroldo Cedraz e Raimundo Carreiro.

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)

ANA ARRAES

Presidente

(Assinado Eletronicamente)

AUGUSTO NARDES

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

LUCAS ROCHA FURTADO

Subprocurador-Geral