

GRUPO I – CLASSE I – 1ª Câmara

TC 001.934/2020-1

Natureza: Pedido de reexame (em processo de Aposentadoria)

Órgão: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

Interessada: Maria Cristina Cereguin (030.454.008-09)

Representação legal: não há

SUMÁRIO: APOSENTADORIA. INCLUSÃO, NOS PROVENTOS, DA VANTAGEM “OPÇÃO” EM DESACORDO COM A DISCIPLINA ESTABELECIDADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 20/1998. ILEGALIDADE. NEGATIVA DE REGISTRO. PEDIDO DE REEXAME. NÃO APRESENTAÇÃO DE ELEMENTOS BASTANTES PARA ALTERAR A DELIBERAÇÃO RECORRIDA. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório, com os ajustes de forma pertinentes, a instrução elaborada no âmbito da Secretaria de Recursos (Serur), acolhida pelo corpo diretivo da unidade técnica e pelo representante do Ministério Público nos autos:

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de pedido de reexame (peça 12) interposto por Maria Cristina Cereguin, ex-servidora do TRT da 2ª Região/SP, por meio do qual se insurge contra o Acórdão 3.820/2020-1ª Câmara, rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues (peça 7), o qual foi prolatado na sessão de julgamento do dia 31/3/2020-Virtual e inserto na Ata 8/2020-1ª Câmara.

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

‘9.1. considerar ilegal a presente concessão e negar registro ao respectivo ato;

9.2. dispensar a devolução dos valores indevidamente recebidos de boa-fé pela interessada, nos termos do Enunciado 106 da Súmula de Jurisprudência deste Tribunal;

9.3. determinar ao órgão de origem que adote as seguintes providências, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa:

9.3.1. dê ciência do inteiro teor desta deliberação à interessada no prazo de quinze dias e faça juntar aos autos o comprovante dessa notificação nos quinze dias subsequentes;

9.3.2. suspenda os pagamentos realizados com base no ato ora impugnado;

9.3.3. reavalie e altere, se for o caso, a parcela de quintos inicialmente concedida, à luz da deliberação do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 638115, na Sessão Ordinária de 18/12/2019;

9.3.4. emita novo ato de aposentadoria e submeta-o a registro deste Tribunal no prazo de trinta dias, após corrigidas as falhas que ensejaram a ilegalidade do ato’ (ênfases acrescidas).

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 Exmo. Ministro Benjamin Zymler, por ocasião da apreciação do TC 027.914/2013-5 (Acórdão 2.988/2018-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 (ênfase acrescida):

‘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 obívio 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, 33ª 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 acrescer 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 previsto 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 interessada conta com 36 anos, 11 meses e 3 dias de tempo de serviço para a aposentadoria, sendo que a vigência do ato é a partir de 22/9/2016, 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 por esta Secretaria (peça 14), ratificado pelo Exmo. Ministro Benjamin Zymler (peça 17), que concluiu pelo conhecimento do

presente pedido de reexame, nos termos do art. 48 da Lei 8.443/92 c/c arts. 285 e 286, parágrafo único, do Regimento Interno/TCU (...).

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

Constitui objeto do presente recurso definir se:

- a) é cabível a incorporação dos quintos sem modulação de seus efeitos;
- b) houve ofensa à EC 20/1998;
- c) houve a incidência da contribuição previdenciária sobre a opção até 28/1/1999;
- d) houve violação ao direito adquirido;
- e) a decisão do TCU afronta o princípio constitucional da segurança jurídica e da isonomia;
- f) deve ser feita a modulação dos efeitos do acórdão recorrido.

5. Do direito ao recebimento dos quintos incorporados.

5.1. A recorrente advoga a manutenção do pagamento dos quintos de exercícios de função posteriores a 8/4/1998 com base nas seguintes alegações (peça 12, p. 2-3):

5.2. Alega que 'a Corte suprema reconheceu a constitucionalidade das incorporações para aqueles que tiveram o direito reconhecido, tanto por decisão administrativa, quanto por decisão judicial, ainda que sem o trânsito em julgado'; cita o Recurso Extraordinário n. 638.115/CE.

5.3. Cita a Ação Coletiva 2004.34.00.048565-0 promovida pela Associação Nacional dos Servidores da Justiça do Trabalho e colaciona declaração da Anajustra Federal [no sentido de] que a recorrente faz parte da referida ação (peça 12, p. 16).

Análise:

5.4. Convém, de pronto, transcrever excerto do voto condutor do Acórdão que trata da irregularidade em relação aos quintos:

'8. Em relação à incorporação de quintos após 8/4/1998, observo que tal conduta contraria o entendimento firmado pelo STF a partir de julgamento do Recurso Extraordinário 638.115. No julgamento de um dos embargos opostos em face da referida decisão, restou decidido que a incorporação de quintos decorrente do exercício de funções comissionadas ocupadas no período compreendido entre a edição da Lei 9.624/1998 e a MP 2.225-48/2001 (8/4/1998 a 4/9/2001) é irregular' (ênfase acrescida)

5.5. Tal entendimento foi fixado com base em entendimento do STF à época, em regime de repercussão geral, de que ofende o princípio da legalidade a decisão que concede a incorporação de quintos pelo exercício de função comissionada no período de 8/4/1998 até 4/9/2001, ante a carência de fundamento legal (Tema 395, RE 638.115).

5.6. Ocorre que tal posicionamento, todavia, sofreu, em embargos de declaração apreciados em 18/12/2019, modulação de efeitos, como segue:

'O Tribunal, por maioria, acolheu parcialmente os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para reconhecer indevida a cessação imediata do pagamento dos quintos quando fundado em decisão judicial transitada em julgado (...). No ponto relativo ao recebimento dos quintos em virtude de decisões administrativas, o Tribunal, em razão de voto médio, rejeitou os embargos e, reconhecendo a ilegitimidade do pagamento dos quintos, modulou os efeitos da decisão de modo que aqueles que continuam recebendo até a presente data em razão de decisão administrativa tenham o pagamento mantido até sua absorção integral por quaisquer reajustes futuros

concedidos aos servidores. (...) Por fim, o Tribunal, por maioria, também modulou os efeitos da decisão de mérito do recurso, de modo a garantir que aqueles que continuam recebendo os quintos até a presente data por força de decisão judicial sem trânsito em julgado tenham o pagamento mantido até sua absorção integral por quaisquer reajustes futuros concedidos aos servidores (...)’ (ênfases acrescentadas)

5.7. *Como se vê, restou preservada pela Suprema Corte a situação daqueles que tiveram a incorporação irregular ainda que em razão de decisão administrativa, sendo que o pagamento dos quintos, nesse caso, será absorvido por reajustes futuros concedidos aos servidores.*

5.8. *Nesse sentido, o Acórdão recorrido pontuou a necessidade da modulação dos efeitos do RE 638.115, em 18/12/2019, conforme o subitem 9.3.3. do Acórdão recorrido.*

6. Da ofensa à EC 20/1998.

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

6.2. *Alega que o servidor tem direito de carrear à aposentadoria parcela da função comissionada ou cargo em comissão exercido por 5 anos consecutivos ou 10 interpolados [conforme] expresso no artigo 180 da Lei n. 1.711/1952 e no artigo 193 da Lei 8.112/1990 (peça 12, p. 3-7).*

Análise:

6.3. *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.’

6.4. *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.*

6.5. *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.*

6.6. *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:

(...).’

6.7. *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 acrescentados).

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

7.1. *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-Plenário).*

Análise:

7.2. *Sobre essa questão, vêm à balha as judiciosas considerações do Excelentíssimo Senhor Ministro Benjamin Zymler, por ocasião da apreciação do TC 001.928/2019-8 (Acórdão 5.919/2019-1ª 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 acrescentados):

‘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.

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).’

7.3. *Em virtude dessas considerações, é de se rejeitar o argumento apresentado pela recorrente.*

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

8.1. *A recorrente aduz que houve violação aos princípios da segurança jurídica e da isonomia, com base nos seguintes argumentos (peça 12, p. 9-11):*

8.2. *‘Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança [são] elementos constitutivos do Estado de Direito, indispensáveis à estabilidade das relações sociais e à realização do próprio Direito’.*

8.3. *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.*

8.4. *Na análise do presente pedido de reexame, espera que o Tribunal de Contas da União considere, também, os inúmeros atos de aposentadoria julgados e registrados nos últimos 14 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-Plenário.*

Análise:

8.5. *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’.*

8.6. *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).

8.10. *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 mesma obra, p. 115] (...).*

8.11. *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.*

8.12. *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.*

8.13. *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.

8.14. *Assim, sendo o ato de aposentadoria complexo, este somente passa a estar plenamente formado (perfeito), válido (afirmação 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.*

8.15. *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 irreduzibilidade dos proventos, tendo em vista a ausência de aperfeiçoamento e definitividade do ato.*

8.16. *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. Insustentação da decisão judicial na qual assentada, como óbice ao exame da legalidade, a coisa julgada administrativa’ (grifos acrescidos).

8.17. *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.*

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

8.19. *Logo, não se pode perder de vista que este Tribunal, em atenção ao referido princípio, tem dispensado a devolução dos valores indevidamente recebidos (item 9.2 do Acórdão recorrido).*

8.20. *Atuação que vai ao encontro do princípio da segurança jurídica, pois a recorrente, conquanto não tenha contribuído para a irregularidade, beneficiou-se ao longo dos anos de pagamento irregular em detrimento dos cofres públicos. A segurança jurídica é garantida com a dispensa do ressarcimento desses valores, limitada, no tempo, à data da ciência da referida deliberação pela unidade jurisdicionada, sendo devida a reposição dos valores recebidos indevidamente a partir daquele momento, nos termos do art. 46, caput e § 3º, da Lei 8.112/1990 (...).*

8.21. *Acerca ainda da aplicação do princípio da segurança jurídica em atos de aposentadoria/pensão, trazemos a lume excerto do Voto proferido pelo Exmo. Ministro José Jorge, no Acórdão 2.350/2012, da 2.ª Câmara, que tratou da questão:*

‘9. Com efeito, a aplicação do princípio da segurança jurídica em casos de registro de aposentadoria, convalidando atos ilegais, não se deve dar de forma indiscriminada, justificando-se somente em situações especialíssimas, em que a ilegalidade e a negativa de registro do ato de concessão impliquem a total supressão de meios de subsistência do beneficiário.

10. Cito, como exemplo, aquelas situações excepcionais nas quais a demora na análise por esta Corte provocou conjuntura imodificável, como o atingimento da idade laboral máxima no serviço público, em que se permite o cômputo viciado do tempo de serviço, hipóteses que não se aplicam ao caso ora em discussão. Nesse sentido, transcrevo trecho do Acórdão 6.727/2009-2ª Câmara:

‘Em situações extremas, nas quais a demora criou uma situação irreversível, como, por exemplo, no caso de falecimento ou atingimento da idade máxima para permanência em atividade, o deslinde do caso concreto não será igual ao de uma situação na qual o servidor aposentou-se com pouca idade e detém condições para retornar à atividade.’

11. Assim, muito embora considere que o referido princípio seja de grande importância em nosso ordenamento jurídico, entendo que sua aplicação deva ser ponderada frente a outros primados com assento constitucional, a exemplo dos princípios da legalidade e da isonomia.

12. Dessa maneira, o exame do ato em apreço deve ser mais abrangente e, de maneira isonômica, seguir o disposto na pacífica jurisprudência desta Corte de Contas, de modo a permitir que o tratamento ora concedido ao recorrente seja similar àquele concedido aos demais beneficiários cujos atos outrora foram submetidos ao descortino deste Tribunal, ou seja, devem ser observados o atendimento aos requisitos previstos no Acórdão 1.893/2006-Plenário e o tratamento dispensado aos atos antigos.

13. Penso que qualquer ressalva nesse entendimento somente seria cabível nos casos em que o julgamento pela ilegalidade, com a consequente negativa de registro do ato, colocasse em risco a subsistência do ex-servidor.

(...)

17. Assim, considerando que os atos de aposentadoria em favor do recorrente devem ser examinados sob o prisma da legalidade e da isonomia, bem como que remanesce a irregularidade referente à contagem de tempo rural, entendo que não há motivos para reforma do Acórdão 7.469/2010-2ª Câmara.’

8.22. *Porém, o Plenário desta Casa, por meio do Acórdão 3.245/2010, ao acolher Voto revisor do Ministro Walton Alencar Rodrigues, decidiu que apenas em casos especialíssimos, em que a ilegalidade e a negativa de registro do ato de concessão impliquem a total supressão de meios de subsistência do beneficiário, admite-se a aplicação das teses da segurança jurídica e da proteção da confiança do administrado, com o fim de considerar legais as concessões.*

8.23. *Tal posicionamento reflete o entendimento majoritário vigente neste Tribunal após longos debates acerca da aplicabilidade do princípio da segurança jurídica para fins de registro de atos de aposentadoria que apresentam irregularidades.*

8.24. *É sobretudo importante ressaltar que este Tribunal tem o poder/dever de apreciar, para fins de registro, os atos de concessão 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.*

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

9. Do direito adquirido.

9.1. *A recorrente aduz que houve violação ao direito adquirido, com base nos seguintes argumentos (peça 12, p. 11-12):*

9.2. *O Acórdão 1.599/2019-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.*

9.3. *Pondera que o Supremo Tribunal Federal-STF deferiu liminar (Mandado de Segurança 25.405) ‘para garantir o pagamento da parcela por entender que o direito já havia sido incorporado ao patrimônio jurídico dos servidores quando do cumprimento do requisito imposto pela legislação, ainda que o exercício do direito estivesse condicionado a período ou condição futura’.*

Análise:

9.4. *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.*

9.5. *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.*

9.6 *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’.*

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

10. Da modulação dos efeitos da decisão recorrida

10.1. *A recorrente requer ‘subsidiariamente, na hipótese de se considerar ilegal o pagamento da parcela opção, que a extinção da parcela ocorra de forma progressiva, através da compensação pelos aumentos salariais da carreira a qual pertencia a interessada, por meio de rubrica pessoal’ (peça 12, p. 13-15).*

Análise:

10.2. *A modulação adotada no Acórdão 2.988/2018-Plenário ocorreu, tão somente, para 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.’

10.3. *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.*

10.4. *Em virtude dessas considerações, é de se rejeitar os argumentos apresentados pela recorrente.*

CONCLUSÃO

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

a) o Acórdão recorrido pontuou a necessidade da modulação dos efeitos do RE 638.115, em 18/12/2019, conforme o subitem 9.3.3. do Acórdão recorrido;

b) o ato em reexame ofendeu a EC 20/1998;

c) as parcelas remuneratórias decorrentes do exercício das funções comissionadas deixaram de constituir base de incidência para a contribuição previdenciária desde 16/12/1998;

d) não houve violação aos princípios da segurança jurídica e da isonomia;

e) não houve violação ao direito adquirido;

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

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

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

12. *Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992, c/c os art. 285 e 286, parágrafo único, do RI/TCU:*

a) conhecer do pedido de reexame interposto por Maria Cristina Cereguin e, no mérito, negar-lhe provimento;

b) dar ciência do Acórdão que for prolatado à recorrente e aos órgãos/entidades interessados, ressaltando-se que o Relatório e o Voto que o fundamentarem podem ser consultados no endereço www.tcu.gov.br/acordaos, no dia seguinte ao de sua oficialização.”

É o relatório.

VOTO

Por meio do Acórdão 3.820/2020-1ª Câmara, esta Corte negou registro ao ato de aposentadoria da sra. Maria Cristina Cereguin no cargo de técnico judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT-2). A recusa se deveu à inclusão nos proventos da vantagem conhecida como “opção”, em contrariedade à disciplina estabelecida pela Emenda Constitucional 20/1998.

2. Inconformada, a inativa interpõe pedido de reexame.

3. Nesse sentido, argumenta:

- os “quintos” decorrentes do exercício de funções comissionadas após o advento da Lei 9.624/1998 foram integrados a sua remuneração por força de decisão judicial transitada em julgado, hipótese amparada na modulação feita pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na conclusão do julgamento do Recurso Extraordinário 638115;

- a mudança na orientação do TCU acerca da “opção”, *“sedimentada há 14 (quatorze) anos (Acórdão 2.076/2005-Plenário), desconsidera os princípios da segurança jurídica e da isonomia”*;

- *“o pagamento na aposentadoria da parcela denominada ‘opção’ (...) não viola o § 2º do art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 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 nº 8.852/1994”*;

- *“a decisão recorrida desconsiderou a incidência da contribuição previdenciária sobre a parcela de retribuição pelo exercício de função comissionada, até que entrou em vigor a Lei 9.783, de 28/01/1999, 4 (quatro) anos após a revogação do referido art. 193 da Lei 8.112/1990 pela Medida Provisória 831, de 18/01/1995, convertida, após sucessivas reedições, na Lei 9.527/1997”*;

- conforme reconhecido em precedente do STF (Mandado de Segurança 25.405), *“a aquisição da vantagem prevista no art. 193 da Lei 8.112/90 está condicionada apenas a determinado lapso temporal no exercício da função ou cargo comissionado, sem qualquer outro critério adicional, de modo que o direito à parcela estaria plenamente incorporado ao patrimônio jurídico do impetrante, ainda que seu exercício estivesse condicionado a termo ou condição futura, sendo vedado à autoridade administrativa opor restrições onde não o fez a lei que concedeu o benefício”*;

- em observância à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em seu art. 23, e a exemplo do que foi decidido pelo próprio TCU no Acórdão 2.988/2018-Plenário, em relação aos seus servidores aposentados, seria o caso de se admitir *“a manutenção do pagamento da ‘opção’ sob a forma de vantagem pessoal, a ser absorvida pelos futuros aumentos remuneratórios da categoria e sem prejuízo do pagamento da vantagem prevista no art. 62-A da Lei 8.112/1990”*.

4. Instruindo o feito, a Secretaria de Recursos (Serur), após minucioso exame da matéria, posiciona-se pelo conhecimento e não provimento do pedido de reexame.

5. O Ministério Público, em cota simples, põe-se de acordo.

6. Ratifico o juízo inicial de admissibilidade do recurso.

7. No mais, acompanho, por seus fundamentos, expostos no relatório que antecede este voto, as conclusões dos pareceres, sem prejuízo das considerações adiante.

8. De plano, observo que, embora a incorporação de “quintos” associados ao exercício de funções comissionadas no período de 8/4/1998 a 4/9/2001 tenha tido sua ilegalidade reafirmada no voto condutor do acórdão recorrido, o ponto não foi levado em conta – naquele momento – para a negativa de registro da aposentadoria da sra. Maria Cristina Cereguin, haja vista a ausência de informações conclusivas a respeito. Eis, a propósito, o que anotou o relator na oportunidade (grifei):

“em que pese a ausência de informações que permitam a identificação e os respectivos fundamentos do ato administrativo ou judicial que amparou a incorporação de quintos pela beneficiária da aposentadoria ora analisada, considero que a parcela relativa à opção, tratada no início deste voto, justifica o julgamento imediato do ato de aposentadoria pela ilegalidade, sem prejuízo de que a unidade de origem, ao emitir novo ato de aposentaria a ser submetido a este Tribunal, reavalie e altere, se for o caso, a parcela de quintos inicialmente concedida, à luz da nova deliberação do STF”.

9. Assim, a despeito da determinação feita ao TRT-2, constante do item 9.3.3 do dispositivo (*“reavalie e altere, se for o caso, a parcela de quintos inicialmente concedida, à luz da deliberação do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 638115”*), não houve, a rigor, sucumbência da parte nesse aspecto.

10. Atendo-me, então, à vantagem da “opção”, principio situando a real abrangência do Acórdão 2.076/2005-Plenário, insistentemente mencionado pela recorrente. Pois bem, a precíua finalidade daquela deliberação, expressa na combinação de seus itens 9.2 e 9.3, foi balizar *“o reexame dos atos de aposentadoria emitidos sob orientação das Decisões n°s 481/97-Plenário-TCU e 565/1997-Plenário-TCU, para a exclusão da parcela opção, derivada exclusivamente da vantagem ‘quintos’ ou ‘décimos’”*. Destarte, de rigor, não foram nela sopesados os efeitos da superveniente Emenda Constitucional 20/1998. O ponto, inclusive, foi explicitado pelo ministro Valmir Campelo quando apreciou embargos de declaração opostos ao **decisum** (v. Acórdão 964/2006-Plenário). Na oportunidade, em voto complementar, sua excelência anotou (grifei):

“6. No caso, a referida deliberação [Decisão 844/2001-Plenário] tratou do assunto originalmente sem impor restrição dessa natureza [efeitos da EC 20/1998] no seu item 8.5. Assim, a matéria não poderia mesmo ser discutida nos momentos seguintes, em sede de recurso, quer no Acórdão n° 589/2005-TCU-Plenário (Pedido de Reexame, relatado pelo Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti), quer no Acórdão n° 2.076/2005-TCU-Plenário (Embargos de Declaração, em que atuei como redator da deliberação embargada), porquanto aí só cabia debater as razões submetidas ao Tribunal pelos recorrentes.

7. Como se sabe, por força dos princípios básicos do Direito Processual, deve o TCU ater-se, em esfera recursal, ao exame do pedido dos recorrentes em sua exata extensão, não podendo decidir infra-pedido, ultra-pedido ou extra-pedido.

8. Desse modo, em apego a tais princípios, eu tenderia a achar que este também não seria o momento para o Tribunal enfocar esse novo ângulo do tema ‘opção’, evitando extrapolar o âmbito dos recursos ora apreciados, os quais não têm por objeto dita questão.”

11. É verdade que o ministro, na sequência do seu voto, externou sua compreensão sobre o assunto. Entretanto, o dispositivo da respectiva deliberação se restringiu ao conhecimento e à rejeição dos embargos, *“ante a ausência de obscuridade, omissão ou contradição no Acórdão 2.076/2005-TCU-Plenário”*.

12. Visto sob tal perspectiva, o posicionamento albergado no Acórdão 1.599/2019-Plenário, referido na fundamentação do aresto ora impugnado, não configura, propriamente, mudança de entendimento; trata-se, antes, de adequação da jurisprudência às ulteriores condicionantes fixadas no ordenamento.

13. Nesse sentido, embora se possa reconhecer que este Tribunal tardou em reavaliar a matéria, já que a EC 20 está em vigor desde 1998, o fato é que não há deliberação anterior do Tribunal placitando o pagamento da “opção” – em caráter genérico – à luz dos princípios constitucionais da contributividade e do equilíbrio atuarial e financeiro do regime previdenciário dos servidores públicos.

14. Sem embargo, ainda que de clara mudança de entendimento se tratasse, de modo algum a negativa de registro do título de inatividade da recorrente representaria ofensa aos postulados da segurança jurídica, da isonomia ou da irretroatividade de nova interpretação.

15. Em primeiro lugar, é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de classificar como complexo o ato de aposentação, em face da competência deste Tribunal estabelecida no art. 71, inciso III, da Constituição Federal. Destarte, atos da espécie somente se tornam perfeitos, definitivos e eficazes, incorporando-se ao patrimônio jurídico dos administrados, quando recebem o registro da Corte de Contas, algo que não se verificou no caso da sra. Maria Cristina Cereguin.

16. Em segundo lugar, precisamente por não ter sido registrado, não se aplica à hipótese a vedação a nova interpretação prevista no art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei 9.784/1999. É que o dispositivo tem como pressuposto fático de incidência a revisão de ato administrativo concreto em face da mudança de entendimento por parte da administração, ou seja, a alteração de uma situação já constituída motivada por exegese ulterior. Isso, todavia, não ocorre na aposentadoria ora em exame, uma vez que em nenhum momento esta Corte de Contas afirmou estar o título concessório da recorrente em consonância com a lei. Em outras palavras, o suposto entendimento jurisprudencial anterior, alegadamente favorável ao pagamento da “opção” na inatividade, jamais se materializou em seu favor.

17. Por fim, não se pode atribuir a um entendimento do TCU eficácia de lei, como pretende a interessada, possibilitando-lhe, assim, a concessão de aposentadoria de forma ilegal, com base em posicionamento pretérito supostamente revisto, como se direito adquirido fosse. Em verdade, não há direito adquirido a determinado entendimento ou à aplicação de determinada jurisprudência de Tribunal, devendo prevalecer, em cada julgamento, a livre convicção dos julgadores acerca da matéria.

18. Com efeito, na dicção do STF, “*o que regula os proventos da inatividade é a lei (e não sua interpretação) vigente ao tempo em que o servidor preencheu os requisitos para a respectiva aposentadoria (Súmula 359/STF). Somente a lei pode conceder vantagens a servidores públicos. Inexiste direito adquirido com fundamento em antiga e superada interpretação da lei*” (cf. MS 26.196, relator Ministro Ayres Britto, in DJe 1/2/2011 – grifos acrescidos).

19. Quer isso dizer que a jurisprudência dos tribunais, em nosso sistema jurídico, à exceção das decisões adotadas em caráter vinculante e com efeito **erga omnes**, não constitui base idônea para a formação da confiança do cidadão, o que implica dizer que não pode ele confiar na persistência da jurisprudência, mesmo em relação a casos situados no passado.

20. Como ensina Hartmut Maurer, os tribunais não são chamados para criação do direito, mas para sua aplicação. Além disso, pela modificação da jurisprudência não é criado direito novo, mas, sim, interpretado de outra forma um direito já existente. Daí a necessidade de o novo entendimento ser aplicado a todos os casos compreendidos pela norma jurídica. Para o jurista alemão, os tribunais decidiriam antijuridicamente se, com base no princípio da proteção à confiança, aplicassem a jurisprudência mais antiga aos casos antigos, o que não se compatibiliza com o Estado de Direito. Fosse assim, a confiança de um cidadão (beneficiário da interpretação antiga) seria protegida, mas a confiança de todos os demais cidadãos, que esperam que as questões ainda não decididas sejam apreciadas segundo o direito vigente, decepcionada (in Contributos para o Direito do Estado. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007. pp. 139-141).

21. Ainda nessa temática, permito-me transcrever eloquente julgado da Suprema Corte:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. REEXAME DE ATO DE APOSENTADORIA PARA O FIM DE EXCLUSÃO DE PARCELA CONSIDERADA ILEGAL. POSSIBILIDADE. MUDANÇA DE INTERPRETAÇÃO DA LEI. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO.

(...)

3. Não há que se falar em segurança jurídica porque: a) a aposentadoria do impetrante data de 2004, sendo de 2001 a mudança de interpretação da lei de regência do caso; b)

o ato de aposentadoria do autor ainda não foi registrado pelo TCU; c) o entendimento anterior jamais foi aplicado pela Corte de Contas quanto ao impetrante; d) a determinação para o reexame da aposentadoria do autor ocorreu menos de dois anos depois da concessão do benefício previdenciário, não se podendo invocar transcurso de prazo decadencial de cinco anos.

4. *Segurança denegada*” (MS 26.196, relator Ministro Ayres Britto, in DJe 1/2/2011 – grifos acrescidos).

22. Nada obstante, não se pode olvidar que, precisamente em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos administrados, esta Corte dispensou a reposição dos valores indevidamente percebidos de boa-fé pela servidora (cf. verbete 106 da súmula de jurisprudência).

23. Quanto à referência ao art. 23 da LINDB, observo que o dispositivo alude, expressamente, a “*interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado*”, o que, naturalmente, não é o caso da precisa e inequívoca regra constitucional que impõe limitação ao valor do benefício previdenciário dos servidores.

24. A modulação fixada no Acórdão 2.988/2018-Plenário, por outro lado, alcançou unicamente os servidores do Tribunal cujos títulos de inatividade já haviam sido registrados, hipótese, repito, não aplicável à recorrente, aposentada que foi em 2016.

25. Com relação ao argumento de que seu direito à “opção” teria sido adquirido no instante em que preencheu os requisitos fixados no art. 193 da Lei 8.112/1990, “*mesmo que o exercício desse direito esteja condicionado a um momento futuro – quando ocorrer a aposentadoria*”, o que busca a recorrente, em última análise, é o reconhecimento de direito adquirido a regime previdenciário, o que também não encontra guarida na Corte Constitucional:

*“Ementa: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. OCUPANTES DE CARGO COMISSIONADO. EC Nº 20/1998. FILIAÇÃO AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO, INCLUSIVE PREVIDENCIÁRIO. PRECEDENTES. AGRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte de que não há direito adquirido a regime jurídico, inclusive o previdenciário, aplicando-se à aposentadoria a norma vigente à época do preenchimento dos requisitos para a sua concessão. 2. **In casu**, acertada a decisão agravada ao reformar o acórdão recorrido, o qual afirmava a irretroatividade da norma constitucional, visto que tal entendimento é dissonante do que tem afirmado este Tribunal. 3. Agravado regimental DESPROVIDO” (RE 413405 AgR, Primeira Turma, relator: Min. Luiz Fux, julgamento em 24/02/2015, publicação em 10/3/2015; grifei).*

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ART. 2º E EXPRESSÃO '8º' DO ART. 10, AMBOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003. APOSENTADORIA. TEMPUS REGIT ACTUM. REGIME JURÍDICO. DIREITO ADQUIRIDO: NÃO-OCORRÊNCIA. 1. A aposentadoria é direito constitucional que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente. 2. Em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade. 3. Somente os servidores públicos que preenchiam os requisitos estabelecidos na Emenda Constitucional 20/1998, durante a vigência das normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação das normas nela contidas, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional 41/2003. 4. Os servidores públicos, que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na Emenda Constitucional

n. 41/2003, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional n. 47/2005. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente” (ADI 3104, órgão julgador: Tribunal Pleno, relatora: Min. Cármen Lúcia, julgamento: 26/9/2007, publicação em 9/11/2007; grifei).

26. Aliás, cumpre anotar, o precedente mencionado pela recorrente, MS 25.405, de forma alguma pode ser erigido – relativamente ao tema “opção” – como “jurisprudência” do STF. Na verdade, logo após a concessão de liminar favorável ao impetrante, esta foi cassada pelo relator, e a segurança, denegada. Na sequência, houve interposição de agravo regimental, mas o processo acabou extinto, a pedido do próprio autor.

27. Focalizando, então, mais objetivamente, o mérito da matéria, saliento que a parcela vulgarmente chamada de “opção” é vantagem transitória, **pro labore faciendo**, motivo pelo qual somente pode ser incorporada aos proventos de aposentadoria mediante expressa e específica permissão legal.

28. Ocorre que o dispositivo de lei que disciplinava o assunto (art. 193 da Lei 8.112/1990) foi revogado ainda em 1995; logo depois, a própria Constituição Federal, com o advento da EC 20/1998, tornou defesa a concessão, na inatividade, de vantagens do gênero (grifos acrescidos):

“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

(...)

§ 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.”

29. Aqui, aliás, diante das ponderações da recorrente, cumpre fazer distinção entre “*remuneração do servidor no cargo efetivo*”, como mencionado na CF, e “*remuneração do servidor efetivo*” investido em função comissionada.

30. Pois bem, um servidor efetivo investido em função ou cargo comissionado deixa automaticamente o exercício de seu cargo de origem (v. art. 120 da Lei 8.112/1990). Nessas circunstâncias, a retribuição a que faz jus é aquela fixada para a respectiva FC ou CD. Ocorre que, como medida de estímulo à assunção de atribuições mais complexas e de maior responsabilidade por parte do funcionalismo, dado que por vezes os vencimentos do cargo efetivo superam os vencimentos dos cargos em comissão, a lei admite que o servidor nessa situação, em vez de receber os vencimentos propriamente ditos do cargo comissionado, perceba retribuição equivalente à de seu cargo efetivo acrescida de um percentual da retribuição do cargo em comissão. Nas duas hipóteses, todavia, o que se está remunerando é o trabalho realizado no exercício do cargo em comissão; em outras palavras, o que se tem em ambos os casos é a remuneração do cargo comissionado.

31. Assim, embora a “opção” integre a remuneração do servidor efetivo investido em função comissionada, ela de maneira nenhuma integra a remuneração do cargo efetivo do servidor.

32. Portanto, ao contrário do que alega a recorrente, a inclusão da vantagem nos proventos ofende, sim, o texto constitucional.

33. Finalmente, a propósito da incidência da contribuição previdenciária sobre a “opção”, é certo que, nos benefícios calculados pela média das remunerações (Lei 10.887/2004), a retribuição parcial pelo exercício de função/cargo em comissão impacta o valor dos proventos até dezembro de 1998, ou, caso o servidor tenha optado por continuar a contribuir sobre ela, até mesmo depois. Contudo, ainda assim, os proventos deverão ser reduzidos ao valor da última remuneração em atividade se a média apurada superar esse valor.

34. No caso da interessada, os proventos foram deferidos com paridade em relação à remuneração dos servidores ativos, e os requisitos de aposentação foram implementados apenas em 2013 – 15 anos após a promulgação da EC 20/1998. Consta de seus proventos a parcela “opção de FC”, nada obstante somente tenha exercido função comissionada até o ano 2000, sendo certo que, após o advento da EC 20/1998, deixou de haver incidência obrigatória da contribuição previdenciária sobre vantagens decorrentes do exercício de cargo em comissão, função de confiança e assemelhados.

35. De outro giro, as contribuições feitas no passado (antes da EC 20/1998) sobre a rubrica não asseguram o direito de carrear-la para os proventos de aposentadoria, já que: i) existe vedação constitucional; ii) a vantagem é de caráter **pro labore faciendo** e é necessária a existência de lei autorizativa para que seja carreada para os proventos, o que não ocorre na espécie; e iii) não houve incidência de contribuição previdenciária sobre a parcela “opção” nos últimos dezoito anos de tempo de serviço da recorrente.

36. Veja-se que, antes da EC 20/1998, a rubrica “opção” sujeitava-se ao pagamento de contribuição previdenciária, independentemente de o servidor a levar para os proventos de aposentadoria. Com o advento da emenda, que introduziu o princípio da contributividade, entendeu-se que, uma vez não sendo possível carrear para a inatividade vantagens vinculadas ao exercício de cargo em comissão/função de confiança e assemelhados, não seria correto exigir o pagamento de contribuição sobre elas. Contudo, o § 2º do art. 4º da Lei 10.887/2004 facultou ao servidor incluí-las, dentre outras de caráter transitório, na base de cálculo das contribuições, possibilitando, dessa forma, a melhoria do valor médio das remunerações a serem consideradas no cálculo dos proventos – concedidos sem paridade, evidentemente –, sempre observada a limitação do § 2º do art. 40 da Constituição Federal.

37. Assim, seria possível considerar o valor da “opção” para o cálculo da média das remunerações que serviram de base para a contribuição previdenciária, desde que a rubrica, evidentemente, tenha sofrido incidência dessa contribuição. Mas, mesmo nessa hipótese, insisto, o valor dos proventos estaria limitado à remuneração do cargo efetivo, caso a média apurada se revelasse superior à última remuneração da servidora.

38. Sem embargo, como se trata, aqui, de aposentadoria com paridade, as rubricas que podem integrar os proventos são apenas aquelas previstas na remuneração do cargo efetivo.

39. Em suma, o Acórdão 3.820/2020-1ª Câmara, ora recorrido, não encerra nenhuma violação ao princípio da segurança jurídica, uma vez que o ato de aposentadoria da interessada somente se aperfeiçoaria com o registro por parte do Tribunal de Contas da União, o que não chegou a ocorrer. Também é impertinente invocar direito adquirido, pois, quando da extinção da vantagem, ainda em 1995, a recorrente não preenchia os requisitos para a inativação; ademais, a própria Constituição passou a vedar expressamente acréscimos da espécie.

40. De outra parte, o princípio da isonomia – a saber, considerar legal seu ato de aposentadoria a exemplo do que ocorreu com outros servidores anteriormente – não pode ser usado como pretexto para a prática, nos dias de hoje, de atos administrativos contrários ao texto constitucional e lesivos ao contribuinte e ao conjunto de servidores que custeiam o regime próprio de previdência do funcionalismo.

41. Portanto, não há nenhum amparo legal à pretensão da recorrente de receber proventos em valor superior ao permitido pelo texto constitucional, a não ser sua vontade de receber o mesmo benefício irregular que outros servidores, o que significaria violação à Constituição Federal, à lei e ao interesse público.

Diante do exposto, voto no sentido de que este Colegiado adote a deliberação que ora submeto à sua apreciação.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 15 de setembro de 2020.



BENJAMIN ZYMLER
Relator

ACÓRDÃO Nº 9737/2020 – TCU – 1ª Câmara

1. Processo nº TC 001.934/2020-1.
2. Grupo I – Classe de Assunto: I – Pedido de Reexame (em processo de Aposentadoria)
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Interessada: Maria Cristina Cereguin (030.454.008-09)
 - 3.2. Recorrente: Maria Cristina Cereguin (030.454.008-09).
4. Órgão: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
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 de pedido de reexame interposto contra o Acórdão 3.820/2020-1ª Câmara, por meio do qual foi negado registro à aposentadoria da interessada, ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da Primeira Câmara, com fulcro no art. 48 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 286 do Regimento Interno, e diante das razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. conhecer do pedido de reexame interposto pela sra. Maria Cristina Cereguin para, no mérito, negar a ele provimento;
- 9.2. dar ciência desta deliberação à recorrente e ao órgão de origem.

10. Ata nº 32/2020 – 1ª Câmara.

11. Data da Sessão: 15/9/2020 – Telepresencial.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-9737-32/20-1.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Walton Alencar Rodrigues (Presidente), Benjamin Zymler (Relator) e Bruno Dantas.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
WALTON ALENCAR RODRIGUES
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
BENJAMIN ZYMLER
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
RODRIGO MEDEIROS DE LIMA
Procurador