

GRUPO I – CLASSE I – Primeira Câmara

TC 001.998/2020-0

Natureza(s): I - Pedido de reexame (Aposentadoria)

Órgão/Entidade: Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região/PA e AP

Interessados: Mauro Wilkens Cavalcante (105.034.472-34); Mauro Wilkens Cavalcante (105.034.472-34)

Representação legal: Paulo Nazareno Silva Costa (23.322/OAB-PA) e outros, representando Mauro Wilkens Cavalcante.

SUMÁRIO: PESSOAL. APOSENTADORIA. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. INCLUSÃO, NOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA, DE VANTAGEM ALUSIVA AO DESEMPENHO DE FUNÇÃO COMISSIONADA. EC 20/1998. VEDAÇÃO A PAGAMENTO DE PROVENTOS EM VALOR SUPERIOR À REMUNERAÇÃO DO CARGO EFETIVO. RAZÕES RECURSAIS INSUFICIENTES PARA ALTERAR O MÉRITO DA DELIBERAÇÃO RECORRIDA. NEGATIVA DE PROVIMENTO. CIÊNCIA.

## RELATÓRIO

Adoto como relatório a bem elaborada instrução da lavra do Auditor da Secretaria de Recursos (Serur), acolhida no âmbito daquela unidade técnica e pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (MPTCU):

### “INTRODUÇÃO

1. *Trata-se de pedido de reexame interposto pelo Sr. Mauro Wilkens Cavalcante [peças 13 a 22] contra o Acórdão 3784/2020–TCU–1ª Câmara (Relator Ministro Vital do Rêgo), prolatado na sessão de 31/3/2020 (peça 7).*

1.1. *A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:*

*VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de ato de concessão de aposentadoria emitido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região/PA e AP em favor do ex-servidor Mauro Wilkens Cavalcante;*

*ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, com fundamento no art. 71, inciso III, da Constituição Federal, nos arts. 1º, inciso V, e 39, inciso II, da Lei 8.443/1992, no art. 260, § 1º, do RI/TCU e ante as razões expostas pelo Relator, em:*

***9.1. considerar ilegal o ato de concessão de aposentadoria, emitido em favor de Mauro Wilkens Cavalcante (105.034.472-34), recusando o respectivo registro;***

***9.1.1. dispensar a devolução dos valores indevidamente recebidos até a data da ciência pelo Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região/PA e AP do presente acórdão, com base no Enunciado 106 da Súmula da Jurisprudência do TCU;***

***9.2. determinar ao Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região/PA e AP, com base no art. 45 da Lei 8.443/1992, que:***

9.2.1. *faça cessar os pagamentos decorrentes do ato impugnado, em especial da vantagem denominada 'opção', comunicando ao TCU, no prazo de quinze dias, as providências adotadas, nos termos do art. 262, caput, do Regimento Interno do TCU, art. 8º, caput, da Resolução-TCU 206/2007 e art. 19, caput, da Instrução Normativa-TCU 78/2018;*

9.2.2. *emita novo ato de aposentadoria, livre da irregularidade apontada, submetendo-o ao TCU, no prazo de trinta dias, consoante os arts. 262, § 2º, do Regimento Interno do TCU e 19, § 3º, da Instrução Normativa TCU 78/2018;*

9.2.3. *comunique ao interessado o teor desta decisão, alertando-o de que o efeito suspensivo proveniente da interposição de eventual recurso não o exime da devolução dos valores percebidos indevidamente após a respectiva notificação, caso o recurso não seja provido;*

9.2.4. *no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência desta decisão, envie a este Tribunal documentos comprobatórios de que o interessado está ciente da presente deliberação.*

*(destacamos e sublinhamos)*

## **HISTÓRICO**

2. *O ato de aposentadoria em questão foi julgado ilegal em virtude de constar a incorporação da parcela vulgarmente conhecida como 'opção' (ato de aposentadoria à 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 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 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.
- 2.36. 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.
- 2.37. 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.

2.38. *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).*

2.39. *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.*

2.40. *Ademais, é entendimento assente ser ‘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**

2.41. *Do ato de aposentadoria em questão, podem-se extrair as seguintes informações (peça 2): o(a) beneficiário(a) conta com 38 anos e 3 dias de tempo de serviço; a vigência do ato é a partir de 27/09/2016. Assim, só veio a adquirir o direito à aposentação após a vigência da EC 20/1998;*

2.42. *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 ser 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 23), que opinou pelo conhecimento do recurso, nos termos do artigo 48 da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 285, §2º, e 286, parágrafo único, do RI/TCU, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.2, 9.2.1 e 9.2.2 do Acórdão 3.784/2020 – TCU – 1ª Câmara. O Excelentíssimo Senhor Ministro Benjamin Zymler, mediante despacho de peça 25, concordou com esta unidade técnica.*

### **EXAME DE MÉRITO**

#### **Delimitação**

4. *Constitui objeto da presente instrução analisar se o Sr. Mauro Wilkens Cavalcante faz jus ao recebimento da vantagem ‘opção’*

#### **Da suposta regularidade do recebimento da vantagem ‘opção’**

5. *O recorrente defende a regularidade do pagamento da vantagem ‘opção’ com base nas seguintes alegações:*

5.1. *o entendimento que levou esse Colendo Órgão de Contas a julgar ilegal a sua aposentadoria perpassa pela análise de diversos aspectos do sistema previdenciário do setor público (RPPS), em que pese apenas o § 2º do art. 40 da Constituição Federal (CF), com redação da Emenda Constitucional nº 20/98, ‘tenha sido chamado a cotejo como o derradeiro fundamento’, devendo ser considerado o seguinte:*

5.1.1. a) *RPPS: diversidade de tratamento entre as regras permanentes e transitórias sob o escopo do teto de benefício de que trata o § 2º do art. 40 da Constituição, com redação da Emenda Constitucional nº 20/98*

5.1.1.1. *o sistema previdenciário brasileiro comporta dois regimes públicos obrigatórios, quais sejam: Regime Geral de Previdência (RGPS) e Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS). Além desses, há um regime privado de cunho facultativo: Regime de Previdência Complementar (RPC);*

5.1.1.2. *a base normativa do RPPS é o art. 40 da CF, que desde a EC 20/98 lançou ‘as bases efetivas da sua transmutação para um regime de caráter contributivo e atuarial’;*

5.1.1.3. *o art. 40 da CF trazem normas que regulam o sistema do RPPS, do qual fazem parte as regras de transição, destinadas aos agentes públicos enquadrados nas Emendas Constitucionais nº 20/98, 41/2003, 47/2005 e 103/2009, ‘a compor um corpo de regras previdenciárias específico’;*

5.1.1.4. *a regra pela qual se inativou (art. 3º da EC 47/2005) é ‘especial e transitória que, por sua formação, se destaca das regras gerais permanentes, de sorte que, para os servidores que adquiriram direito com base nessa regra, o exame acerca da composição dos proventos deve vir inexoravelmente agregado ao direito à paridade e à vinculação com a remuneração da atividade, como expressamente dispõe o art. 7º da Emenda Constitucional nº 41/2003’, sendo que tal regra ‘destaca esses servidores das limitações impostas pelas regras postas no art. 40, da Constituição, a exemplo da prevista no seu § 2º’;*

5.1.1.5. *o servidor com direito à aposentadoria com base no art. 40 da CF ‘ficou jungido a receber seus proventos pelo teto correspondente, cuja eficácia deu-se com a edição da Lei nº 9.783, de 28 de janeiro de 1999’ e com a promulgação da EC 41/2003, tal teto foi regulamentado pela Lei 10.887/2004 (média aritmética das remunerações);*

5.1.1.6. *a limitação está efetivamente vinculada à sistemática do art. 40 da Constituição, com a redação que lhe foi conferida pelas Emendas 20/98 e 41/2003, a englobar o art. 2º da EC nº 41/2003, cujas regras, à literalidade, excluíram seus destinatários do direito à integralidade e à paridade insculpido no seu art. 7º (art. 2º, § 6º, da EC nº 41/2003), considerando que, diversamente dessa categorização, as ondas de reforma, querendo ou não, trouxeram regras de transição destacadas desse contexto, a conferir aos seus destinatários (...) direito especial, em que a totalidade da remuneração percebida pelo servidor no cargo efetivo é vista sob alcance mais largo’;*

5.1.1.7. *não se pode deixar de observar que as Reformas da Previdência ao tempo em que alteraram o cálculo dos proventos (integralidade) e a forma de reajuste (paridade) previstas para o RPPS, trouxeram momentos distintos para sua aplicabilidade diante do peso dos direitos que estavam em vias de implementação, havendo cinco momentos em que esses direitos se desenvolvem diferentemente, a saber: 1) na vigência da redação originária da Constituição; 2) entre as edições das EC/20 e 41/2003; 3) depois da EC 41/2003; 4) após a EC 103/2019 e, 5) nos momentos de transição entre as emendas citadas;*

5.1.1.8. *aos servidores que adquiriram direito à aposentadoria com base na regra de transição contida no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 2005, foi conferida equivalência de tratamento com as regras vigentes antes da EC nº 20/98, como no seu caso;*

5.1.2. b) *Natureza dos tetos de benefício do RPPS e do RGPS: limites externos ao cálculo dos proventos*

5.1.2.1. *o teto previdenciário a que ficam sujeitos os segurados, seja do RPPS, seja do RGPS, é elemento externo ao ato que fixa o benefício ou os proventos da aposentadoria (renda mensal), conforme se depreende da decisão proferida pelo STF no RE 564.534/SE;*

5.1.2.2. *outro não deve ser o entendimento a ser conferido ao limite imposto aos proventos do servidor público, seja em razão da aplicação do teto previsto no § 2º do art. 40, com redação da EC nº*

20/98, seja em face da incidência do limite máximo de benefícios do RGPS, nesse último caso, fixado aos segurados do RPPS como degrau para igualar os referidos regimes em incentivo ao ingresso no Regime de Previdência Complementar (RPC), sendo que a intenção sempre foi de igualar os tetos de benefício do RPPS e RGPS, o que 'teve êxito com a Emenda 103/2019';

5.1.2.3. o § 2º do art. 40 da Constituição, na redação da EC nº 20/98, não tinha incidência sobre os seus proventos e, se tinha (ao olhar desse Órgão de Contas), perdeu a sua eficácia por efeito na nova sistemática inaugurada pela EC nº 103/2019, a considerar que se inativou com fundamento no art. 3º da EC nº 47/2005, sob o contexto de uma regra de transição, a autorizar a percepção da vantagem decorrente do art. 193, da Lei nº 8.112/90, haja vista o implemento do direito sob à equivalência com as regras anteriores à EC nº 20/98;

5.1.3. c) *Caráter contributivo e solidário do sistema previdenciário e o teto de benefício fixado no § 2º do art. 40 da CF, depois da EC nº 20/98*

5.1.3.1. *embora a Emenda Constitucional nº 20/98 tenha inaugurado um novo patamar na história da Previdência Social no Brasil, seja para o RPPS, seja para o RGPS, a redação dada ao § 2º do art. 40 não foi editada para dar efetividade ao sistema contributivo e solidário da Previdência Social do setor público;*

5.1.3.2. *a redação originária do art. 40 da CF fazia referência, tão somente, a proventos integrais e à paridade em sentido amplo, o que não foi modificado em comparação com o disposto nos §§ 3º e 8º do Art. 40, com redação da Emenda 20/98;*

5.1.3.3. *o caráter solidário do sistema previdenciário do setor público (RPPS), então trazido à baila pela unidade técnica do TCU para sedimentar a exclusão da parcela de opção dos seus proventos não se confunde com caráter contributivo-retributivo, também chamado a cotejo para sedimentar a decisão, pois 'a solidariedade diz respeito ao universo de contribuintes, enquanto o caráter contributivo-retributivo diz respeito à lógica do seguro, em que a base de contribuição interessa para a composição do benefício';*

5.1.3.4. *as vantagens dos arts. 192 e 193 continuaram a ser concedidas para quem implementou as condições ali contidas até a sua revogação em 18 de janeiro de 1995, independentemente do implemento das condições para a aposentadoria;*

5.1.3.5. *firmou-se entendimento, conforme a superveniência do disposto no § 2º do art. 40 da Constituição, com redação da EC nº 20/98, cuja eficácia deu-se com a edição da Lei nº 9.783, de 28 de janeiro de 1999, no sentido de que não seria devida a incidência de contribuição previdenciária sobre parcelas não incorporáveis à aposentadoria, dentre elas as decorrentes do exercício de cargo em comissão ou função comissionada, haja vista o caráter contributivo-retributivo do sistema previdenciário do setor público, tendo a questão sido tratada, sob os alicerces da EC nº 41/2003, pelo STF na apreciação do RE 593.068/SC;*

5.1.3.6. *o art. 193 da Lei nº 8.112/90 continuou a ser concedido sob o escopo do direito adquirido dos servidores que implementaram as condições até a data de sua revogação, não tendo o caráter contributivo-retributivo e muito menos o caráter solidário do sistema sido levados a cotejo para inviabilizar a concessão do direito, até mesmo porque até a data da sua revogação, em 18 de janeiro de 1995, os servidores, como no seu caso, estavam a contribuir sobre o cargo ou função comissionada, conforme entendimento do próprio STF (MS 33.508/DF);*

5.1.3.7. *mesmo sob o escopo do caráter contributivo-retributivo do sistema, tem o direito de levar a vantagem para a inatividade, mormente porque sua aposentadoria deu-se sob os ditames da regra de transição constante do art. 3º da EC nº 47, de 2005, bem assim de que 'a mudança de paradigma do teto de benefício trazida pela Emenda Constitucional nº 103/2019 (...) afasta, em última análise, os ditames do teto revogado';*

5.1.4. *d) Da mudança de entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União: princípio da segurança jurídica e da boa-fé objetiva*

5.1.4.1. *a confiança depositada no entendimento firmado há mais de uma década pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão 2076/2006-Plenário) se ergueu como fundamento para concessão da vantagem do art. 193 da Lei nº 8.112/90, a demonstrar a força inarredável da boa-fé e demonstra 'a responsabilidade desse Tribunal sobre a interpretação conferida, agora tida como equivocada';*

5.1.4.2. *a jurisprudência do TCU 'fez gerar uma expectativa de comportamento dos servidores públicos destinatários do art. 193, da Lei nº 8.112/90, de modo que aqueles que decidiram se aposentar o fizeram sob o escudo dessa jurisprudência, a exigir do Tribunal de Contas da União uma postura vocacionada a salvaguardar a confiança depositada, a atuar, portanto, com boa-fé objetiva', sendo que 'somente os servidores que se aposentassem depois da divulgação do Acórdão 1.599/2019 – Plenário é que estariam sujeitos à nova exegese', que não é seu caso, já que se aposentou em 2016;*

5.1.4.3. *não tem condições de arcar com o pesado ônus da devolução de importâncias a serem recebidas por efeito da interposição do presente recurso, mormente em face do seu caráter alimentar.*

5.2. *Pede, por fim, a revisão do acórdão recorrido, registrando seu ato concessório de aposentadoria, a consignar a parcela de opção, com fundamento no art. 193 da Lei 8.112/80 e, caso eventualmente seja mantido, 'seja dispensado dos valores que tenha recebido no período da suspensão dos efeitos da r. decisão impugnada, sob o escudo da segurança jurídica e da proteção à confiança'.*

#### **Análise:**

5.3. *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.*

5.4. *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.*

5.5. *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.*

5.6. *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:*

*(...)*

5.7. *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 acrescidos).*

5.8. Ademais, conforme ressaltado no histórico desta instrução, a presente concessão foi julgada ilegal pelo fato de ter havido violação à regra constitucional, introduzida pela Emenda Constitucional 20/1998, que limita o valor dos proventos à remuneração do cargo efetivo.

5.9. No que tange à jurisprudência superada deste Tribunal, observa-se que os juízes são independentes e somente se submetem à lei e às disposições com caráter normativo, 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)

5.10. 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).

5.11. 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).

5.12. 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).

5.13. 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 judiciárias' (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 juizes 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 juizes 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 juizes 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 juizes se submetem apenas à lei’ (art. 101). Em Portugal, ‘os juizes 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 juizes 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).*

5.14. *Ante esses consistentes 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.*

5.15. *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.*

5.16. *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).*

5.17. *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.*

5.18. *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.*

5.19. *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)*

5.20. *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.*

5.21. *Quanto à boa-fé do recorrente, tenha-se presente que foi considerada ao se dispensar a devolução dos valores indevidamente recebidos, nos termos do subitem 9.1.1. do acórdão recorrido.*

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

5.23. *Além disso, 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.*

5.24. *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.*

5.25. *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).*

5.26. *Convém mencionar, ainda, que a modulação adotada no Acórdão 2.988/2018–TCU–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.*

5.27. *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 ao recorrente.*

5.28. *Demais, disso, não se pode perder de vista que o STF entende que não há óbice de redução de proventos caso alguma parcela/vantagem esteja sendo paga ao arrepio da lei. Nesse sentido, convém transcrever a seguinte ementa: EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APOSENTADORIA DE MAGISTRADO.[...]. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA E OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE SALÁRIOS NÃO CONFIGURADAS. [...] 4. A redução de proventos de aposentadoria, quando concedida em desacordo com a lei, não ofende o princípio da irredutibilidade de vencimentos. Precedentes. 5. Segurança denegada. (MS 25552, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 07/04/2008, DJe097 DIVULG 29-05-2008 PUBLIC 30-05-2008 EMENT VOL-02321-01 PP-00075 RT v. 97, n. 876, 2008, p. 118-125 - Destacamos)*

5.29. *Em virtude dessas considerações, é de se rejeitar os argumentos apresentados pelo recorrente, sendo que também não é possível de acolhimento o pedido de não devolução dos valores em razão da interposição da presente recurso, considerando que a boa-fé do ora recorrente no recebimento da vantagem somente foi considerada até a prolação da deliberação ora recorrida e o seu subitem 9.2.3. é taxativo de que ‘o efeito suspensivo proveniente da interposição de eventual recurso não o exime da devolução dos valores percebidos indevidamente após a respectiva notificação, caso o recurso não seja provido’.*

### **CONCLUSÃO**

6. *Da análise de mérito, conclui-se que o Sr. Mauro Wilkens Cavalcante não faz jus ao recebimento da vantagem ‘opção’, devendo ser excluída dos seus proventos, sem prejuízo da devolução dos valores recebidos indevidamente em razão do efeito suspensivo do presente recurso.*

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

### **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

7. *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 ao 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](http://www.tcu.gov.br/acordaos), no dia seguinte ao de sua oficialização.”*

*É o relatório.*

## VOTO

Trata-se de pedido de reexame formulado pelo sr. Mauro Wilkens Cavalcante contra o 3.784/2020-1ª Câmara (rel. Ministro Vital do Rêgo), por meio do qual sua concessão de aposentadoria foi considerada ilegal em razão da inclusão de parcela alusiva à retribuição pelo exercício de função comissionada, conhecida como “opção”, em contrariedade à disposição contida no § 2º do art. 40 do texto constitucional.

2. De início, ratifico o exame de admissibilidade de peça 25 e conheço do presente recurso.

3. Argumenta o recorrente que a regra do art. 3º da Emenda Constitucional (EC) 47/2005 é “*especial e transitória que, por sua formatação, se destaca das regras gerais permanentes, de sorte que, para os servidores que adquiriram direito com base nessa regra, o exame acerca da composição dos proventos deve vir inexoravelmente agregado ao direito à paridade e à vinculação com a remuneração da atividade, como expressamente dispõe o art. 7º da Emenda Constitucional nº 41/2003*”, sendo que tal regra ‘*destaca esses servidores das limitações impostas pelas regras postas no art. 40, da Constituição, a exemplo da prevista no seu § 2º*’.

4. Razão não assiste ao sr. Mauro Wilkens Cavalcante.

5. A paridade de proventos, assegurada originalmente pela Constituição Federal (CF), assim como pelas regras de transição (no caso, art. 3º da EC 47/2005), refere-se à remuneração do cargo efetivo.

6. Vantagens de caráter **pro labore faciendo**, como a remuneração de função comissionada e adicionais em razão do local ou das condições de trabalho somente podiam ser carreados para os proventos de aposentadoria mediante autorização legal.

7. A EC 20/1998, que não extinguiu a paridade dos proventos pagos pelo regime próprio de previdência do servidor (RPPS) com a remuneração do cargo efetivo que a ele deu origem, estabeleceu um teto para os proventos (além do teto geral do funcionalismo, a saber, a remuneração dos Ministros do Supremo Tribunal Federal), de modo a limitar os proventos à última remuneração da atividade.

8. Para que não reste dúvida ao recorrente, transcrevo o art. 40 da CF, com a redação conferida pela EC 20/1998 (grifos acrescentados):

*“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, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)*

*I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

*II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

*III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

*a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

*b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

*§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

*§ 3º Os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)”.  
9. A expressão “proventos integrais”, utilizada no art. 3º da EC 47/2005 refere-se à última remuneração da atividade, já que essa alteração constitucional, conhecida como “PEC paralela”, teve por intuito apenas abrandar as alterações promovidas pela EC 41/2003, que extinguiu com a paridade e introduziu a exigência de observância da média das remunerações contributivas (“§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.”).*

10. Fosse o objetivo da regra de transição excepcionar o teto de proventos estabelecido no § 2º do art. 40 da CF, deveria tê-lo feito expressamente.

11. Ademais, não se pode desconsiderar que não havia norma autorizadora para o pagamento da vantagem nos proventos de aposentadoria desde a revogação do art. 193 da Lei 8.112/1990, ocorrida em 18/1/1995, e que o servidor somente viria a implementar os requisitos de aposentadoria em 2016.

12. O Acórdão 2.076/2005-Plenário, subitem 9.3.1., também não socorre a pretensão do interessado. Veja-se que o entendimento ali consubstanciado tem por objetivo limitar a revisão das concessões de aposentadoria determinada pelo subitem 8.5 da Decisão 844/2001-Plenário.

13. Para maior clareza, transcrevo essa deliberação, já com as alterações promovidas pelo Acórdão 2.076/2005-Plenário (grifos acrescidos):

*“8. Decisão: O Tribunal de Contas da União, reunido em sessão plenária, diante das razões expostas pelo Redator, DECIDE:*

*8.1. declarar a nulidade absoluta da Decisão 481/97-TCU - Plenário;*

*8.2. fixar o entendimento de que os proventos de aposentadoria dos servidores que preencheram os requisitos estabelecidos nos arts. 180 da Lei 1.711/52 e 193 da Lei 8.112/90, durante a vigência e a eficácia daquelas normas, ou seja, até 18 de janeiro de 1995, diante da expressa vedação legal pelo § 3º do art. 180 da Lei 1.711/52, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 6.732/79, pelo art. 5º da mesma Lei 6.732/79 e pelo § 2º do art. 193 da Lei 8.112/90, não podem cumular as vantagens estabelecidas nos arts. 180 da Lei 1.711/52 ou 193 da Lei 8.112/90 com as vantagens previstas nos arts. 2º da Lei 6.732/79, 62 da Lei 8.112/90 ou 3º da Lei 8.911/94 nem as vantagens estabelecidas nos arts. 180 da Lei 1.711/52 ou 193 da Lei 8.112/90 com as vantagens do art. 184 da Lei 1.711/52 ou 192 da Lei 8.112/90;*

*8.3. esclarecer que em decorrência da proibição de cumulação descrita no item 8.2, a apuração dos proventos dos servidores enquadrados na situação descrita no item anterior deve ser feita de acordo com os seguintes critérios:*

*8.3.1. opção pelas vantagens do art. 184 da Lei 1.711/52, caso em que os proventos de aposentadoria devem incluir apenas a remuneração do cargo efetivo e o acréscimo previsto naquele dispositivo, sem nenhuma parcela incorporada a título de quinto ou décimo e sem a retribuição devida pelo exercício de cargo em comissão ou função comissionada de que tratam os arts. 180 da Lei 1.711/52 e 193 da Lei 8.112/90;*

8.3.2. opção pelas vantagens do art. 180 da Lei 1.711/52 ou do art. 193 da Lei 8.112/90, hipótese em que os proventos de aposentadoria devem incluir a retribuição devida pelo exercício de cargo em comissão ou função comissionada, sem nenhuma parcela incorporada a título de quinto ou décimo e sem os acréscimos criados pelos arts. 184 da Lei 1.711/52 ou 192 da Lei 8.112/90;

8.3.3. opção pelas vantagens do art. 2º da Lei 6.732/79 ou do art. 62 da Lei 8.112/90, mantida e regulamentada pelo art. 3º da Lei 8.911/94, alternativa em que os proventos de aposentadoria devem incluir a remuneração do cargo efetivo e as parcelas incorporadas a título de quintos ou décimos, sem a retribuição devida pelo exercício de cargo em comissão ou função comissionada de que tratam os artigos 180 da Lei 1.711/52 e o art. 193 da Lei 8.112/90 e sem o acréscimo previsto no artigo. 184 da Lei 1.711/52;

8.4. esclarecer, ainda, que a proibição de cumular vantagens descrita no item 8.2 e esclarecida no item 8.3 atinge as Vantagens Pessoais Nominalmente Identificadas, oriundas da transformação das parcelas incorporadas a título de quintos ou décimos, na forma dos arts. 2º da Lei 6.732/79, 62 da Lei 8.112/90 e 3º da Lei 8.911/94;

8.5. determinar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional que promovam, de imediato, sob pena de responsabilidade solidária, o reexame dos atos de aposentadoria emitidos sob orientação das Decisões nºs 481/97-TCU-Plenário e 565/1997-TCU-Plenário, para a exclusão da parcela opção, derivada exclusivamente da vantagem “quintos” ou “décimos”, dispensando-se a restituição dos valores recebidos de boa-fé, nos termos da Súmula 106 da Jurisprudência deste Tribunal (redação conferida pelo Acórdão 2.076/2005-Plenário)

8.6. determinar à Secretaria de Fiscalização de Pessoal que inclua em seu planejamento para o próximo Plano de Auditoria a realização de auditorias nos órgãos da Administração Pública para verificar o cumprimento da determinação constante do item 8.5; e

8.7. encaminhar cópia da presente Decisão a todos os órgãos do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e, no âmbito do Poder Executivo, ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e à Advocacia-Geral da União, para efetivação da determinação constante do item 8.5 desta decisão;”.

14. Uma vez que o Acórdão 2.076/2005-Plenário foi proferido em embargos de declaração, foram feitos, por ocasião de sua prolação, os seguintes esclarecimentos:

“9.3. esclarecer que, para fins do disposto no item 8.5 da Decisão nº 844/2001-TCU-Plenário, com a redação dada por este Acórdão, deve ser observado o seguinte:

9.3.1. é assegurada na aposentadoria a vantagem decorrente da opção, prevista no art. 2º da Lei nº 8.911/94, aos servidores que, até a data de 18 de janeiro de 1995, tenham satisfeito os pressupostos temporais estabelecidos no art. 193 da Lei 8.112/90, ainda que sem os requisitos para aposentação em qualquer modalidade;

9.3.2. em atenção aos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da isonomia, a determinação constante do item 8.5 da Decisão nº 844/2001-TCU-Plenário, com a redação dada por este Acórdão, não se aplica aos atos de aposentadoria expedidos com base no entendimento decorrente das Decisões nºs 481/1997-Plenário e 565/1997-Plenário, e já publicados no órgão de imprensa oficial até a data da publicação da Decisão nº 844/2001-Plenário (DOU de 25/10/2001);”

15. A situação do servidor não se enquadra naquela prevista no subitem 9.3 do Acórdão 2.076/2005-Plenário, haja vista que seu ato de aposentadoria, emitido em 2016, não está abrangido na revisão determinada pelo subitem 8.5 da Decisão 844/2001-Plenário, o qual tratava dos atos de aposentadoria emitidos à luz da não foi emitido à luz das Decisões 481/1997 ou 565/1997 do Plenário deste Tribunal.

16. Saliento que o Acórdão 2.076/2001-Plenário não tratou dos efeitos da EC 20/1998 sobre o pagamento de vantagens relativas ao exercício de função comissionada. Observo que a origem de toda a discussão residiu numa decisão administrativa desta Corte, proferida em 1997 — antes, portanto, da citada reforma constitucional.

17. O objetivo da EC 20/1998 é de clareza solar: impedir que o inativo viesse a ganhar mais que o servidor ativo, de modo a reduzir os dispêndios do RPPS e a desincentivar a aposentadoria precoce do servidor público.

18. Essa tendência antecedeu à própria EC 20/1998 e pode ser comprovada pela revogação dos dispositivos legais que concediam um prêmio na aposentadoria, a saber, arts. 192 e 193 da Lei 8.112/1990.

19. No caso concreto, a vantagem indevidamente incluída nos proventos de aposentadoria representa um ganho extra de R\$ 7.398,87, pago pelo conjunto dos servidores que contribuem para custear o RPPS e pelo contribuinte, sobre quem recai o ônus de cobrir o **deficit** de caixa do RPPS.

20. Veja-se que a estabilidade financeira decorrente do exercício de função comissionada já está assegurada nos proventos de aposentadoria por meio da vantagem dos “quintos”, previsto no art. 62 da Lei 8.112/1990. No caso em exame, o servidor percebe ainda R\$ 6.071,16 a título de vantagem pessoal nominalmente identificada, oriunda de incorporação da remuneração pelo exercício de função comissionada.

21. Dessa forma, incluir, nos proventos, a remuneração da função comissionada, paga de forma parcial, mediante interpretação extensiva do **caput** do art. 193 da mesma lei, constitui verdadeiro **bis in idem**, que viola o § 2º desse dispositivo:

*“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.” (grifo acrescido)*

22. Esse entendimento, aliás, consta do subitem 8.2 (c/csubitem 8.3.2) da Decisão 844/2001-Plenário e não foi objeto de modificação pelo Acórdão 2.076/2005-Plenário.

23. **Ad argumentadum tantum**, de acordo com o formulário Sisac, o interessado deixou de exercer função comissionada ainda em 2001, de modo que, por mais elástica que fosse a interpretação do conceito de paridade, a situação do servidor não estaria albergada.

24. A alegação de que houve recolhimento de contribuição previdenciária sobre a “opção” até novembro de 1998 não assegura ao servidor o direito de receber proventos acima da remuneração do cargo efetivo, por violar a regra inserta no § 2º do art. 40 da CF.

25. Da peça recursal, é possível depreender que o interessado não recolheu contribuição previdenciária sobre a remuneração da função por ele exercida no Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 8ª Região, sendo certo que poderia ter optado por fazê-lo, nos termos do art. 4º da Lei 10.887/2004, cuja redação original transcrevo (grifos acrescidos):

*“Art. 4º A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de 11% (onze por cento), incidente sobre a totalidade da base de contribuição.*

**(omissis)**

§ 2º O servidor ocupante de cargo efetivo poderá optar pela inclusão na base de contribuição de parcelas remuneratórias percebidas em decorrência de local de trabalho, do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança, para efeito de cálculo do benefício a ser concedido com fundamento no art. 40 da Constituição Federal e art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, respeitada, em qualquer hipótese, a limitação estabelecida no § 2º do art. 40 da Constituição Federal.”

26. Portanto, ao se aposentar, em 2016, passaram-se quase dezoito anos sem que houvesse recolhimento dessa contribuição.

27. Autorizar a inclusão de vantagem alusiva à função comissionada nos proventos de aposentadoria pagos com base na remuneração do cargo efetivo, além de violar o § 2º do art. 40, significa conceder tratamento privilegiado ao servidor que optou por não contribuir sobre a parcela. Isso porque até mesmo o servidor que contribuiu sobre a função e se aposentada com os proventos calculados pela média das remunerações não pode perceber proventos superiores à última remuneração no momento da inativação.

28. Dessarte, o fato de ter contribuído sobre a remuneração da função não assegura o direito de perceber proventos acima do teto fixado pela Constituição. Todavia, caso o interessado queira que, de alguma forma, o exercício de funções seja refletido nos proventos, poderá optar por se aposentar com fundamento na Lei 10.887/2004. Mas, ainda assim, o teto constitucional dos proventos deve ser respeitado.

29. Por fim, não poderia deixar de observar que existe uma discrepância entre o tempo de contribuição mencionado nos campos “*Dados da concessão*” e “*Discriminação dos tempos de serviço e averbações*”, somado às licenças (“*Discriminação das licenças*”).

30. O servidor aposentou-se aos 57 anos e, assim, necessitaria de trinta e oito anos de contribuição, como consta dos dados da concessão. De outro giro, o somatório dos tempos de serviço e de licença revelam que o interessado contava com apenas trinta e sete anos e oito meses.

31. Todavia, considerando que o servidor já implementou o requisito de idade (sessenta anos), essa falha pode ser relevada, mesmo porque não foi apontada no acórdão recorrido.

32. Feitas essas considerações, acolho o parecer da Serur e o adoto como razões de decidir, sem prejuízo das considerações aqui exaradas.

Ante o exposto, VOTO por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto a este colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 17 de novembro de 2020.

BENJAMIN ZYMLER  
Relator

## ACÓRDÃO Nº 12472/2020 – TCU – 1ª Câmara

1. Processo nº TC 001.998/2020-0.
2. Grupo I – Classe de Assunto: I Pedido de reexame (Aposentadoria)
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
  - 3.1. Interessados: Mauro Wilkens Cavalcante (105.034.472-34); Mauro Wilkens Cavalcante (105.034.472-34)
  - 3.2. Recorrente: Mauro Wilkens Cavalcante (105.034.472-34).
4. Órgão/Entidade: Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região/PA e AP.
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler
  - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Vital do Rêgo.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Rodrigo Medeiros de Lima.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (SERUR); Secretaria de Fiscalização de Pessoal (SEFIP).
8. Representação legal:
  - 8.1. Paulo Nazareno Silva Costa (23.322/OAB-PA) e outros, representando Mauro Wilkens Cavalcante.
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de pedido de reexame interposto contra o Acórdão 3.784/2020-1ª Câmara, que considerou ilegal o ato de aposentadoria do sr. Mauro Wilkens Cavalcante,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da Primeira Câmara, diante das razões expostas pelo relator e com fundamento na Constituição Federal, art. 71, III e IX e na Lei 8.443/1992, arts. 1º, V, e 39, II, em:

  - 9.1. conhecer do pedido de reexame para, no mérito, negar a ele provimento;
  - 9.2. dar ciência da presente deliberação ao recorrente.
10. Ata nº 41/2020 – 1ª Câmara.
11. Data da Sessão: 17/11/2020 – Telepresencial.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-12472-41/20-1.
13. Especificação do quórum:
  - 13.1. Ministros presentes: Walton Alencar Rodrigues (Presidente), Benjamin Zymler (Relator), Bruno Dantas e Vital do Rêgo.
  - 13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)  
WALTON ALENCAR RODRIGUES  
Presidente

(Assinado Eletronicamente)  
BENJAMIN ZYMLER  
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)  
PAULO SOARES BUGARIN  
Subprocurador-Geral