

GRUPO I – CLASSE I – 1ª Câmara

TC 031.147/2019-4

Natureza: Pedido de reexame (em processo de Aposentadoria)

Órgão: Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região

Interessada: Rita de Cassia Bittencourt Ibraim (827.205.177-04)

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 interposto por Rita de Cássia Bittencourt Ibraim, ex-servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (TRT-1) [peça 18], contra o Acórdão 4726/2020-1ª Câmara (Rel. Min. Substituto WEDER DE OLIVEIRA), prolatado na sessão de 20/4/2020.*

1.1. *A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor (grifou-se):*

‘9.1. considerar ilegal o ato de aposentadoria da Sra. Rita de Cássia Bittencourt Ibraim, recusando-lhe o registro, nos termos do § 1º do art. 260 do RI/TCU;

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

9.3. determinar ao Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região/RJ que:

*9.3.1. no prazo de 15 (quinze) dias, cesse quaisquer pagamentos à Sra. Rita de Cássia Bittencourt Ibraim decorrentes do ato considerado ilegal, comunicando ao TCU as providências adotadas, nos termos do art. 262, **caput**, do RI/TCU, e do art. 8º, **caput**, da Resolução TCU 206/2007, sob pena de responsabilidade solidária do responsável pela omissão;*

9.3.2. dê ciência do inteiro teor desta deliberação à interessada, alertando-a de que o efeito suspensivo proveniente da interposição de eventuais recursos perante o Tribunal não a exime da devolução dos valores percebidos indevidamente após a respectiva notificação, caso esses não sejam providos, devendo encaminhar os comprovantes dessa notificação a esta Corte no prazo de até 30 (trinta) dias;

*9.3.3. cadastre novo ato de concessão de aposentadoria livre das irregularidades apontadas, submetendo-o no prazo de 30 (trinta) dias à apreciação deste Tribunal, nos termos do art. 262, **caput** e § 2º, do RI/TCU, e 19, § 3º, da Instrução Normativa TCU 78/2018’.*

HISTÓRICO

2. O voto revisor do e. Ministro Benjamin Zymler, por ocasião da apreciação do TC 027.914/2013-5 (Acórdão 2988/2018–TCU–Plenário, Sessão de 12/12/2018), veiculou didático histórico sobre a cognominada parcela ‘opção’, o qual será apresentado abaixo como base para melhor compreensão da matéria (ajustes de forma, supressões e adições).

Da vantagem ‘opção’

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

2.2. 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.

2.3. 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.

2.4. 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 dêste 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.’

2.5. 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).

2.6. 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.

2.7. 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%.

2.8. 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.

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

2.10. 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.'

2.11. *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.*

2.12. *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.*

2.13. *Já a Lei 11.526/2007, alterada pela Lei 12.094/2009, fixou a 'opção' como 60% da remuneração do cargo em comissão.*

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

2.15. *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.*

2.16. *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.*

2.17. *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.*

2.18. *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.*

2.19. *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 oblióvio 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).

2.20. *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).

2.21. 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’.

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

2.23. 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.

2.24. 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’.

2.25. 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.

2.26. 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.

2.27. 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.

2.28. 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.

2.29. 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.

2.30. 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.

2.31. 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.

2.32. 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.

2.33. *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.*

2.34. *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.*

2.35. *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.*

2.36. *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.*

2.37. *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'.*

2.38. *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.*

2.39. *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

2.40. *Do ato de aposentadoria em questão, podem-se extrair as seguintes informações (peça 3): a beneficiária conta com 31 anos e 11 dias de tempo de serviço; a vigência do ato é a partir de 2/10/2015. Assim, só veio a adquirir o direito à aposentação após a vigência da EC 20/1998.*

2.41. *A presente concessão foi considerada 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. *O recurso foi conhecido pelo relator sorteado, e. Ministro Benjamin Zymler (...).*

EXAME DE MÉRITO

Delimitação

4. *Constitui objeto da presente instrução definir se:*
- a) *houve ou não ofensa à Emenda Constitucional 20/1998;*
 - b) *houve ou não a incidência da contribuição previdenciária sobre os pagamentos que originaram a parcela 'opção';*
 - c) *houve ou não violação aos princípios da segurança jurídica e da isonomia;*
 - d) *houve ou não violação ao direito adquirido;*
 - e) *os efeitos do acórdão recorrido devem ou não ser modulados (irretroatividade de nova interpretação).*

Da ofensa à Emenda Constitucional 20/1998

5. *A impugnação recursal sustenta não ter havido violação à Emenda Constitucional (EC) 20/1998, com base em argumentos cuja essência pode ser assim sumariada:*

5.1. *Alega que, nos termos da legislação em vigor (Lei 8.852/1994, art. 1º, inciso III), integraria a remuneração do servidor ocupante de cargo efetivo a retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de natureza especial, prevista no art. 62 da Lei 8.112/1990.*

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

Análise:

5.3. *A argumentação recursal não merece acolhimento quanto ao ponto.*

5.4. *O § 2º do art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998 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).

5.5. *O art. 41 da Lei 8.112/1990 dispõe:*

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

5.6. *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.*

5.7. *Portanto, diferentemente do alegado, por ter natureza transitória, não permanente, a parcela cognominada 'opção' não integra a remuneração dos servidores públicos federais.*

5.8. *Quanto ao conceito de remuneração previsto na Lei 8.852/1994, trata-se de definição obrigatoriamente aplicável tão somente à específica matéria regradada por aquele próprio diploma, como expresso 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:

(...)

5.9. *Assim, conclui-se ter havido violação ao § 2º do art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998.*

Da incidência da contribuição previdenciária sobre os pagamentos que originaram a parcela ‘opção’

6. *Alegação recursal aduz que o TCU somente teria decidido pela não incidência da contribuição social sobre a retribuição pelo exercício de função comissionada na sessão de 29/8/2001, ao apreciar representação formulada por unidade técnica da própria Corte de Fiscalização, que deu origem ao Processo 006.153/1999-2 (Decisão 683/2001–TCU–Plenário). Novamente alude ao texto da EC 20/1998 em conjunto com a Lei 8.852/1994 (art. 1º, III) e ao art. 193 da Lei 8.112/1990.*

Análise:

6.1. *O recurso não merece êxito quanto ao ponto. Sobre a questão, convém observar as judiciosas considerações do e. Ministro Benjamin Zymler, por ocasião da apreciação do TC 001.928/2019-8 (Acórdão 5.919/2019–TCU–1ª Câmara, Sessão de 23/7/2019):*

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

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

‘Art. 1º A contribuição social do servidor público civil, ativo e inativo, e dos pensionistas dos três Poderes da União, para a manutenção do regime de previdência social dos seus servidores, será de onze por cento, incidente sobre a totalidade da remuneração de contribuição, do provento ou da pensão.

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

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

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

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

6.2. *Reafirma-se que referidas considerações são pertinentes, razão por que merece ser rejeitado o argumento apresentado pela recorrente.*

Dos princípios da segurança jurídica e da isonomia

7. *A impugnação recursal aduz que estaria havendo violação aos princípios da segurança jurídica e da isonomia, com base nos argumentos adiante sintetizados.*

7.1. *Alega que a prerrogativa do TCU de alterar o seu posicionamento deveria encontrar limite no princípio da segurança jurídica, também de hierarquia constitucional, pois os administrados não poderiam estar 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 a Corte de Contas e insegurança jurídica para o administrado.*

7.2. *Vindica que o TCU considere, também, os inúmeros atos de aposentadoria julgados e registrados nos últimos quatorze anos, tidos como legais por essa Corte de Fiscalização, com base no entendimento firmado por meio do Acórdão 2.076/2005–TCU–Plenário.*

Análise:

7.3. *Conforme anotado no histórico consignado em tópico anterior desta instrução, a conclusão de que a presente concessão é ilegal deveu-se, unicamente, ao exame da legislação referente ao instituto da parcela vulgarmente conhecida como ‘opção’.*

7.4. *No que tange à jurisprudência superada deste Tribunal, observa-se que os julgadores estão submetidos primeiramente à Constituição e à lei (fontes primárias do direito brasileiro), e apenas indiretamente à jurisprudência – alguns tipos de precedentes expressamente ditados pela lei. Sobre o tema, ao comentar a crescente importância da jurisprudência no sistema jurídico brasileiro, Cândido Rangel Dinamarco realça a necessidade de diferenciar a força vinculante entre os diversos tipos de precedentes:*

*‘[...] Mas ressalva-se que a jurisprudência dotada desse poder de impor não é toda e qualquer linha de julgamentos, de qualquer tribunal [...]. Somente integram as fontes do direito os precedentes, decisões e linhas jurisprudenciais indicados na lei, especialmente no art. 927 do Código de Processo Civil, os quais, pelo maior peso sistemático de que são dotados, diferenciam-se dos demais e ganham essa eficácia de se projetarem em julgamentos futuros’ (DINAMARCO, Cândido R. **et alter**, Teoria Geral do Novo Processo Civil, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 43-44).*

7.5. *Caso se pretendesse trazer ao microsistema do processo administrativo de controle externo a cargo do TCU a referida visada dirigida ao Poder Judiciário, **mutatis mutandis**, os precedentes de elevada força vinculativa indicados expressamente pelo legislador encontrariam algum paralelo apenas (i) nas respostas a consultas, (ii) nas súmulas e (iii) nos acórdãos proferidos para resolver incidente de uniformização de jurisprudência (Lei 8.443/1992, art. 1º, XVII, § 2º, e art. 3º e RI/TCU, art. 85 e art. 91). As três hipóteses (em especial a primeira) inegavelmente constituem pontos de amarração diferenciados de trilhas jurisprudenciais no âmbito do TCU, justamente por serem tais deliberações forjadas a partir de discussão distanciada das peculiaridades de determinado caso concreto, resultando comandos (ou teses) dotados de maior abstração e generalidade (características próprias de atos normativos). Assim, seria razoável aceitar que, naquelas três hipóteses, as decisões irradiem maior expectativa de estabilidade aos jurisdicionados do TCU. Entretanto, quanto à matéria em debate (parcela ‘opção’ em atos de aposentadoria), não se vê precedente desta Corte de Contas com aquele ‘peso sistemático’ especial.*

7.6. *Também ensina Paulo Nader:*

‘É princípio assente na moderna hermenêutica jurídica que os juízes devem interpretar o Direito evolutivamente, conciliando velhas fórmulas com as novas exigências históricas. Nesse trabalho de atualização, em que a letra da lei permanece imutável e a sua compreensão é dinâmica e evolutiva, o juiz colabora decisivamente para o aperfeiçoamento da ordem jurídica. Ele não cria o mandamento jurídico, mas apenas adapta princípios e regras à realidade social. Mantém-se fiel, portanto, aos propósitos que nortearam a elaboração das normas. [...]’ (NADER, Paulo. Introdução ao estudo do Direito; Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 176).

7.7. *Nessa linha, não se afigura heterodoxo que o TCU interprete o regramento da parcela ‘opção’ de acordo com as regras de hermenêutica, não se pautando exclusivamente por precedentes jurisprudenciais de baixo grau de vinculação cujas teses são superadas em dado momento por compreensão evolutiva das normas aplicáveis a determinados fatos. Nesse passo, não há que se falar em violação ao princípio da isonomia.*

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

7.9. *Cumprе, ainda, observar a assentada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de classificar como ato complexo a concessão de aposentadoria, reforma ou pensão, sendo ‘necessária a conjugação das vontades do órgão de origem e do Tribunal de Contas’, consoante os seguintes julgados: RE-636553, RMS-3881/SP, MS-19875/DF, RE-195861, MS-23665. A propósito do tema, veja-se, dentre incontáveis outros, os seguintes precedentes recentes que bem ilustram e reafirmam referido entendimento há muito sedimentado pelo STF (grifou-se):*

‘[...] ADMINISTRATIVO. [...] NEGATIVA DE REGISTRO DE APOSENTADORIAS DE SERVIDORES PÚBLICOS. CONTROLE EXTERNO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. DISCUSSÃO SOBRE A LEGALIDADE DO ATO. MÉRITO ADMINISTRATIVO. REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. ART. 5º, XXXV, DA CF. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. [...] 1. O ato de aposentação configura ato complexo e a aposentadoria só se aperfeiçoa com o registro do Tribunal de Contas, que exerce sua função constitucional de controle externo (art. 71 da CF). 2. A atuação do Poder Judiciário no controle do ato administrativo só é permitida quanto tal ato for ilegal ou abusivo, sendo-lhe defeso qualquer incursão no mérito administrativo. Precedentes. 3. Não cabe, no âmbito do recurso extraordinário, corrigir eventual injustiça da decisão dos Tribunais de Contas. 4. [...]. (RE 1222222 AgR, Relator: EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 29/6/2020, DJe 7/7/2020).

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. NEGATIVA DE REGISTRO A ATO DE CONCESSÃO INICIAL DE APOSENTADORIA. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. DECADÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. [...] VIOLAÇÃO AO ATO JURÍDICO PERFEITO E À SEGURANÇA JURÍDICA. NÃO CONFIGURADA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS PELO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO COMISSIONADA ENTRE A EDIÇÃO DA LEI 9.624/1998 E A MEDIDA PROVISÓRIA 2.225-48/2001. ILEGALIDADE. RE

638115. MODULAÇÃO DE EFEITOS SUPERVENIENTE. NECESSIDADE DE PARCIAL REPARAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. DEFERÊNCIA. CAPACIDADES INSTITUCIONAIS. ATRIBUIÇÕES TÉCNICAS CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDAS À CORTE DE CONTAS. ART. 71 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. 1. *In casu*, o **mandamus** foi impetrado contra Acórdãos emanados pela Primeira Câmara da Corte de Contas da União, os quais negaram registro ao ato de concessão de aposentadoria do ora agravante, mercê de consignar indevida cumulação, nos proventos, de Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI) com Gratificação de Atividade Externa (GAE). 3. [...]. 4. Descabe acolher a alegação de ocorrência da decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/1999, máxime do firme entendimento desta Corte de que não se opera a decadência no período entre a emanção de ato administrativo concessivo de aposentadoria e o julgamento de sua legalidade e de seu registro pela Corte de Contas. Precedentes. 5. Devido à complexidade jurídica do ato administrativo concessivo de aposentadoria, o seu aperfeiçoamento ocorre somente após apreciação pelo TCU. Por ser ainda ato administrativo precário e pendente de aperfeiçoamento, descabe falar em violação da segurança jurídica, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Precedentes. 6. Inexiste violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos quando a redução dos proventos incide sobre aposentadoria concedida em desacordo com a lei ou com a Constituição. Precedentes. [...]. (MS 36869 AgR, Relator: LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/05/2020, DJe 17/6/2020).

7.10. Sendo do tipo complexo o ato de aposentadoria, 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 pelo Tribunal de Contas. Tal entendimento decorre do disposto no inciso III do art. 71 da Constituição Federal, que atribui ao TCU o poder-dever de apreciar, para fins de registro, a legalidade de referidos atos de pessoal.

7.11. Nessa perspectiva, impõe-se reconhecer que atos da espécie possuem natureza precária enquanto reconhecidos apenas pela Administração concedente (primeira manifestação de vontade). Ou seja, até que haja o efetivo julgamento pela legalidade e o consequente registro pelo TCU (segunda manifestação de vontade necessária), seria impróprio falar em direito adquirido, ato jurídico perfeito, proteção da confiança, ou em irredutibilidade dos proventos, tendo em vista a ausência de aperfeiçoamento anterior e definitividade do ato jurídico (complexo).

7.12. 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 inicial (relativa) de legitimidade do ato administrativo (manifestação de vontade do órgão de origem) que concedeu o benefício à recorrente, não havendo, assim, que se falar em violação da segurança jurídica, de proteção da confiança, de direito adquirido ou de razoabilidade.

7.13. A boa-fé da beneficiária foi considerada no Acórdão recorrido ao se dispensar a devolução dos valores indevidamente recebidos.

7.14. Ante o exposto regramento normativo (constitucional e legal) e a consolidada diretriz jurisprudencial do STF, os argumentos recursais apresentados não merecem prosperar quanto ao ponto.

Do direito adquirido

8. A impugnação recursal invoca suposta violação ao direito adquirido.

8.1. Sustenta que o Acórdão 1.599/2019–TCU–Plenário teria desconsiderado o princípio constitucional do direito adquirido (CF/1988, art. 5º, XXXVI), 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

intercalados. Segundo defende, a referida norma legal não exigia o tempo de serviço para aposentadoria.

Análise:

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

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

8.4. 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.’

8.5. Ademais, reiteram-se aqui os fundamentos que sustentam o sólido entendimento do STF firmado por meio de diversos precedentes referenciados em tópico anterior desta instrução, no sentido de que o aperfeiçoamento do ato administrativo concessivo de aposentadoria (ato complexo) está condicionado à apreciação pela regularidade e respectivo registro pelo TCU (segunda manifestação de vontade necessária). Assim, ‘por ser ainda ato administrativo precário e pendente de aperfeiçoamento, descabe falar em violação da segurança jurídica, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito’ (STF: MS 36869 AgR, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/5/2020, DJe 17/6/2020). No mesmo sentido, dentre muitos outros precedentes do STF: RE-636553, RMS-3881/SP, MS-19875/DF, RE-195861, MS-23665 e RE 1222222.

8.6. Ante o exposto regramento normativo e a fncada baliza jurisprudencial do STF, os argumentos recursais apresentados não merecem prosperar quanto ao ponto.

Da modulação dos efeitos da decisão recorrida e da alegada irretroatividade de nova interpretação administrativa

9. A peça recursal defende necessidade de o Tribunal modular os efeitos do acórdão recorrido, com base nos argumentos seguintes.

9.1. Alude à Lei 13.655/2018, que acresceu ao Decreto-Lei 4.657/1994 (LINDB) disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, dentre elas a expressa no acrescido art. 23 daquele diploma.

9.2. Invoca o Decreto-Lei 200/1967, art. 103.

9.3. Segundo sua interpretação, referidos dispositivos normativos não devem ser desconsiderados por parte dessa Corte de Fiscalização, no caso de prevalecer a mudança de entendimento estampada no Acórdão 1.599/2019–TCU–Plenário, até para evitar que os servidores já aposentados, que tenham satisfeito, até a data de 18 de janeiro de 1995, os pressupostos temporais estabelecidos no art. 193 da Lei 8.112/1990 e que tinham assegurado a vantagem decorrente da opção, prevista no art. 2º da Lei 8.911/1994, por decisão do próprio TCU (Acórdão 2.076/2005–TCU–Plenário), venham a sofrer uma redução abrupta em seus proventos de inatividade. Realça que o ato de aposentadoria em questão teria sido publicado (pela Administração responsável) anteriormente a 12/12/2018, data da sessão em que foi prolatado o Acórdão 2.988/2018–TCU–Plenário.

Análise:

9.4. *As alegações recursais não merecem prosperar quanto ao ponto. Reiteram-se neste ponto os fundamentos da análise desenvolvida em tópicos anteriores quanto à segurança jurídica e o direito adquirido por guardarem relação direta com a modulação de efeitos.*

9.5. *No caso em reexame, conforme sedimentado entendimento do STF antes anotado, o ato de concessão de aposentadoria pela Administração a que estava vinculado o interessado, embora produza efeitos, permanece precário, haja vista não ter se consumado o respectivo registro pelo TCU (ato complexo) em razão da identificação de ilegalidade, o que afasta a presunção de legitimidade do ato administrativo que concedeu o benefício à recorrente (CF, art. 71, III). Não havendo relação jurídica consolidada, não seria próprio falar em desconstituição abrupta pelo TCU, o que desidrata a argumentação que defende necessidade de modulação dos efeitos da decisão combatida.*

9.6. *A título ilustrativo, seria útil mencionar que o TCU, apreciando a mesma questão quanto a servidores de seus próprios quadros, empreendeu modulação de efeitos exclusivamente para os atos já registrados (julgados legais) por esta Corte de Contas, preservando a relação jurídica madura em razão de o ato administrativo complexo já estar aperfeiçoado (Acórdão 2.988/2018–TCU–Plenário, subitem 9.3):*

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

9.7. *Demais disso, não se examina norma de conteúdo indeterminado, conforme previsto no art. 23 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942, redação dada pela Lei 13.655/2018).*

9.8. *No que tange à Lei 9.784/1999 (art. 2º, parágrafo único, XIII) e à LINDB (art. 24), que visam vedar aplicação retroativa de nova interpretação, convém observar que normas especiais (legal e regulamentar) regem o processo administrativo de controle externo a cargo do TCU (Lei 8.443/1992 e Regimento Interno/TCU). Assim, outras normas de caráter geral, a exemplo da Lei 9.784/1999 e da LINDB, incidem apenas para preencher eventuais lacunas e devem ser aplicadas naquilo que for compatível com o regramento especial.*

9.9. *Nesse ponto, é preciso observar o teor do art. 260, § 2º, do Regimento Interno/TCU, cuja força normativa se ergue a partir de expressa autorização legislativa (Lei 8.443/1992, art. 3º c/c art. 39, § 1º):*

‘Art. 260. [...]

§ 2º O acórdão que considerar legal o ato e determinar o seu registro não faz coisa julgada administrativa e poderá ser revisto de ofício pelo Tribunal, com a oitiva do Ministério Público e do beneficiário do ato, dentro do prazo de cinco anos da apreciação, se verificado que o ato viola a ordem jurídica, ou a qualquer tempo, no caso de comprovada má-fé.’

9.10. *Em tal quadro, o argumento de que teria havido violação ao princípio da vedação de aplicação retroativa de nova interpretação se esmaece por três razões principais:*

i) não há direito adquirido à exegese;

ii) não houve o registro do ato de aposentadoria da interessada, de tal arte a não se aplicar a máxima de que a ‘modificação posterior de jurisprudência não alcançaria as situações consolidadas à luz de critério interpretativo anterior’. Isto porque poder-se-ia falar em situação consolidada apenas quando o ato de concessão recebe o registro do TCU, por ser ato complexo;

iii) o acórdão que julgar legal o ato de aposentadoria e determinar o seu registro não faz coisa julgada administrativa, nos termos do § 2º do art. 260 do Regimento Interno deste Tribunal.

9.11. *Ante o contexto e os elementos fáticos do caso concreto, não emergem fundamentos sólidos para acatar os argumentos apresentados pela recorrente.*

CONCLUSÃO

10. *Das análises anteriores, ante os elementos constantes dos autos até o momento, as disposições normativas e diretrizes jurisprudenciais aplicáveis, conclui-se que:*

- a) o ato em reexame ofendeu a Emenda Constitucional 20/1998;*
- b) as parcelas remuneratórias decorrentes do exercício das funções comissionadas deixaram de constituir base de incidência para a contribuição previdenciária desde 16/12/1998;*
- c) não houve violação aos princípios da segurança jurídica e da isonomia;*
- d) não houve violação ao direito adquirido;*
- e) não houve aplicação retroativa indevida de nova interpretação e não se impõe necessidade de o TCU modular os efeitos do acórdão recorrido.*

10.1. *Tais conclusões sustentam a proposta de negar provimento ao recurso em análise.*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

11. *Ante o exposto, submetem-se os autos às instâncias subseqüentes, propondo-se:*

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

É o relatório.

VOTO

Por meio do Acórdão 4.726/2020-1ª Câmara, esta Corte negou registro ao ato de aposentadoria da sra. Rita de Cássia Bittencourt Ibraim no cargo de técnico judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (TRT-1). 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:

- a mudança na orientação do TCU acerca da matéria, “*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 Supremo Tribunal Federal (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 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 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, relativamente ao Acórdão 2.076/2005-Plenário, insistentemente mencionado pela recorrente, ressalto que sua precípua finalidade, expressa na combinação de seus itens 9.2 e 9.3, foi balizar “*o reexame dos atos de aposentadoria emitidos sob orientação das Decisões nºs 481/97-Plenário-TCU e 565/1997-Plenário-TCU, para a exclusão da parcela opção, derivada exclusivamente da vantagem ‘quintos’ ou ‘décimos’*”. Destarte, não foram nele sopesados os efeitos da superveniente Emenda Constitucional 20/1998. Aliás, o ponto foi mesmo 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, que declarou a nulidade absoluta da Decisão 481/1997] 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 nº 589/2005-TCU-Plenário (Pedido de Reexame, relatado pelo Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti), quer no Acórdão nº 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.”

9. É certo 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”.

10. Visto sob tal perspectiva, o posicionamento albergado no Acórdão 1.599/2019-Plenário, referido na fundamentação do aresto ora impugnado, não configura, em nenhuma medida, mudança de entendimento; trata-se, antes, de alinhamento da jurisprudência às mudanças subsequentes promovidas no ordenamento.

11. Nesse sentido, embora até se possa argumentar que o TCU tenha tardado em revisitar a matéria, sobretudo para espantar dúvidas ainda subsistentes no âmbito da administração de alguns órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público, 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.

12. Na realidade, ao contrário, a deliberação mais abrangente sobre o assunto, prolatada ainda no ano de 1999 em processo de consulta – portanto, com caráter normativo (cf. art. 1º, § 2º, da Lei 8.443/1992) –, foi a Decisão 753/1999-Plenário, na qual, respondendo a questionamento apresentado pela presidência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), esta Corte afirmou peremptoriamente:

“no regime da Lei nº 9.527, de 10.12.97, inexistente fundamento jurídico que ampare a possibilidade de os servidores do Poder Judiciário carrear para os proventos de aposentadoria o benefício de que trata o art. 14, § 2º, da Lei nº 9.421/96 [i.e. a ‘opção’, atualmente prevista no art. 18 da Lei 11.416/2006]”.

13. No voto condutor daquela decisão, o saudoso Ministro Guilherme Palmeira situou a extinção da “opção” na inatividade em janeiro de 1995, com a edição da Medida Provisória 831/1995, a qual derogou o art. 193 da Lei 8.112/1990. Entretanto, na resposta à consulta, sua excelência, cioso de não extrapolar os estritos contornos da dúvida então suscitada pela presidência do STJ e igualmente preocupado em não desconstituir – por via transversa – “a Decisão 481/97 nem qualquer outra decisão já prolatada por esta Corte”, limitou-se a aludir ao “regime da Lei 9.527”. Em sua argumentação, contudo, não deixou de anotar:

“Por fim, há que se ter em conta, ainda, o disposto no art. 40, § 3º, da Constituição Federal (redação dada pela EC nº 20, de 15.12.98), **in verbis**:

‘§ 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.’

Desse preceito extrai-se, mais uma vez, a nítida intenção do legislador – ao referir-se à irredutibilidade de salários e à isonomia entre proventos e vencimentos – de proteger as vantagens financeiras de caráter permanente dos servidores, e não aquelas de caráter transitório [como a opção].

Feitas essas considerações, entendo que a resposta à primeira indagação do Consulente deva ser negativa. Apenas aos servidores que implementaram as condições para a inativação até 10.11.97 e que, até aquela data, satisfaziam as condições fixadas na Decisão nº 481/97-TCU-Plenário é dado aposentar-se com o benefício da opção.”

14. Esse era, então, o posicionamento oficial do TCU sobre a matéria, manifestado no regular exercício de suas competências constitucionais de controle externo e revestido de caráter normativo (porquanto, como dito, exarado em consulta).

15. O Acórdão 1.599/2019-Plenário, assim, apenas reiterou aquele vetusto entendimento, obscurecido que foi pela leitura deturpada do Acórdão 2.076/2005 – vale dizer, uma deliberação de caráter administrativo interno do Tribunal, ainda que, impropriamente, sua parte dispositiva tenha sido ampliada.

16. 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.

17. Em primeiro lugar, é pacífica a jurisprudência do STF 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, o que não se verificou no caso da sra. Rita de Cassia Bittencourt Ibraim.

18. 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 posterior. 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.

19. 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.

20. Com efeito, na dicção do Supremo Tribunal Federal, “*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).

21. 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.

22. Como ensina Hartmut Maurer, os tribunais não são chamados para criação do direito, mas para sua aplicação. Daí a necessidade de eventual 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 contemporaneamente jurisprudência ultrapassada aos casos antigos. Com efeito, fosse assim, para proteger a confiança de um cidadão (o beneficiário da interpretação antiga), a confiança de todo o restante da sociedade, que espera que as questões ainda não decididas sejam apreciadas segundo o direito vigente, seria vilipendiada (**in** Contributos para o Direito do Estado. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007. pp. 139-141).

23. 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).

24. 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).

25. 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.

26. 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 2015.

27. 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, “*ainda que seu exercício estivesse condicionado a termo ou condição futura* [a saber, a satisfação dos requisitos para 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: AGRAVO 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. AGRAVO 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. Agravo regimental DESPROVIDO” (RE 413405 AgR, Primeira Turma, relator: Min. Luiz Fux, julgamento em 24/2/2015, 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).*

28. A propósito, 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.

29. Atendo-me, então, mais objetivamente ao 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.

30. Ocorre que o dispositivo de lei que disciplinava o assunto (art. 193 da Lei 8.112/1990) foi revogado; ademais, 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.”

31. 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.

32. 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.

33. 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.

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

35. Com relação à contribuição previdenciária sobre a “opção”, é certo que, de uma maneira geral, nos benefícios calculados pela média das remunerações (Lei 10.887/2004), a vantagem impacta o valor dos proventos até dezembro de 1998; na particular situação de o servidor ter optado por continuar a contribuir sobre a parcela, o impacto se estende até o momento da aposentadoria. Entretanto, ainda assim, os proventos deverão ser reduzidos ao valor da última remuneração em atividade se a média apurada for maior.

36. No caso da interessada, os proventos foram deferidos com paridade em relação à remuneração dos servidores ativos, e os requisitos para aposentação foram implementados apenas em 2015 – quase 17 anos após a promulgação da EC 20/1998.

37. Veja-se que, até o final de 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.

38. Destarte, não haveria nenhum problema em considerar o valor da “opção” para o cálculo da média das remunerações que serviram de base para a contribuição previdenciária, desde que a rubrica, naturalmente, tenha sofrido incidência dessa contribuição. Mas, ainda assim, insisto, o valor dos proventos não poderia superar a remuneração do cargo efetivo.

39. De toda sorte, como se trata, aqui, de aposentadoria com paridade, as rubricas que podem integrar os proventos são apenas aquelas previstas na remuneração do cargo efetivo.

40. Em suma, o Acórdão 4.726/2020-1ª 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; de resto, a própria Constituição passou a vedar expressamente acréscimos da espécie.

41. Na mesma senda, o princípio da isonomia não pode ser invocado como pretexto para a prática de atos administrativos contemporâneos contrários ao texto constitucional e lesivos ao contribuinte e ao conjunto de servidores que custeiam o regime próprio de previdência do funcionalismo.

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 24 de novembro de 2020.

BENJAMIN ZYMLER
Relator

ACÓRDÃO Nº 13379/2020 – TCU – 1ª Câmara

1. Processo nº TC 031.147/2019-4.
2. Grupo I – Classe de Assunto: I – Pedido de Reexame (em processo de Aposentadoria)
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Interessada: Rita de Cassia Bittencourt Ibraim (827.205.177-04)
 - 3.2. Recorrente: Rita de Cassia Bittencourt Ibraim (827.205.177-04).
4. Órgão: Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Weder de Oliveira.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Sergio Ricardo Costa Caribé.
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 4.726/2020-1ª 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. Rita de Cassia Bittencourt Ibraim para, no mérito, negar a ele provimento;
- 9.2. dar ciência desta deliberação à recorrente e ao órgão de origem.

10. Ata nº 42/2020 – 1ª Câmara.

11. Data da Sessão: 24/11/2020 – Telepresencial.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-13379-42/20-1.

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)
MARINUS EDUARDO DE VRIES MARSICO
Procurador