

GRUPO I - CLASSE I - Primeira Câmara

TC 027.229/2019-0

Natureza: Pedido de Reexame (Aposentadoria)

Órgão: Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região/AC e RO

Recorrente: Maria Suely Carvalho de Mesquita (215.883.762-49)

Representação legal: Pedro Pereira de Oliveira (OAB-RO/4.282),
representando Maria Suely Carvalho de Mesquita

SUMÁRIO: APOSENTADORIA. VANTAGEM DENOMINADA “OPÇÃO”. PROVENTOS SUPERIORES À REMUNERAÇÃO DO CARGO EFETIVO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO CONTIDA NA EMENDA CONSTITUCIONAL 20/1998. ILEGALIDADE. PEDIDO DE REEXAME. ELEMENTOS INSUFICIENTES PARA ALTERAR A DELIBERAÇÃO RECORRIDA. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de pedido de reexame (peças 13 a 18) interposto por Maria Suely Carvalho de Mesquita contra o Acórdão 2.383/2020-TCU-Primeira Câmara, lavrado nos seguintes termos:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de aposentadoria,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 1º, inciso V, e 39, inciso II, da Lei 8.443/92 c/c o art. 259, inciso II, do Regimento Interno, em:

9.1. considerar ilegal o ato constante da peça 2, relativo à aposentadoria de Maria Suely Carvalho de Mesquita, negando-lhe o registro, nos termos do art. 260, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal;

9.2. dispensar o ressarcimento das importâncias recebidas indevidamente, com fulcro na Súmula 106, da Jurisprudência deste Tribunal;

9.3. determinar ao órgão de origem que:

9.3.1. comunique a Sr.^a Maria Suely Carvalho de Mesquita o inteiro teor deste Acórdão, com fundamento nos arts. 71, inciso IX, da Constituição Federal e 262 do Regimento Interno desta Corte de Contas, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da ciência da presente deliberação, e, após, faça cessar os pagamentos decorrentes do ato ora impugnado, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa;

9.3.2. emita novo ato de aposentadoria e submeta-o a registro deste Tribunal no prazo de trinta dias, após corrigida a falha que ensejou a ilegalidade do ato;

9.3.3. alerte a interessada no sentido de que o efeito suspensivo proveniente da interposição de eventuais recursos não a exime da devolução dos valores percebidos indevidamente após a respectiva notificação, caso os recursos não sejam providos;

9.3.4. envie a este Tribunal, no prazo de trinta dias, contados da ciência deste Acórdão, documentos comprobatórios de que a interessada foi cientificada;

9.3.5. observe os termos da IN 78/2018;

9.4. determinar à Sefip que:

9.4.1. verifique a implementação das medidas consignadas nos itens 9.3.1 a 9.3.5 supra;

9.4.2. dê ciência desta deliberação ao órgão de origem.”

2. Admitido o processamento do recurso, porquanto preenchidos os requisitos previstos no art. 48 da Lei 8.443/1992, conferi efeito suspensivo aos itens 9.1, 9.3, 9.3.1 (exceto primeira parte) e 9.3.2 do acórdão recorrido (peça 22).

3. Instruído o feito, faço reproduzir, com os ajustes que julgo pertinentes, o exame técnico e o encaminhamento oferecidos pela Secretaria de Recursos deste Tribunal (peça 27), que contou com a anuência do corpo diretivo daquela unidade (peça 28):

“HISTÓRICO

2. O voto revisor do e. Ministro Benjamin Zymler, por ocasião da apreciação do TC 027.914/2013-5 (Acórdão 2.988/2018-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 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 oblívio a lição de Hely Lopes Meirelles:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’ (*in* Direito Administrativo Brasileiro, 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 sobremodo 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 crescer a seus proventos de cargo efetivo a parcela 'opção'. Desse modo, estar-se-ia conferindo ao ex-ocupante do cargo em comissão tratamento semelhante ao do servidor investido em função gratificada.

2.28. 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 prevista 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 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 8.112, de 1990 (grifos acrescidos).

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 2): o(a) beneficiário(a) conta com 33 anos, 3 meses e 12 dias de tempo de serviço; a vigência do ato é a partir de 13/12/2017. 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, r. Ministro Bruno Dantas, conferindo-lhe ‘efeito suspensivo aos itens 9.1, 9.3, 9.3.1 (exceto primeira parte) e 9.3.2 do acórdão recorrido’ (peça 22).

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 ao princípio da segurança jurídica e/ou ao direito adquirido.

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 é sumariada a seguir.

5.1. Menciona que a recorrente teria exercido ininterruptamente função comissionada de 11/8/1987 a 28/2/2013.

5.2. Alega que a gratificação de função teria sido extinta apenas com a Medida Provisória 831/1995 e que a EC 20/1998 teria sido publicada após a recorrente adquirir referido direito.

5.3. Discorre sobre a distinção entre vencimentos e remuneração. Invoca a Lei 8.852/1994, art. 1º, III. Alude à Lei 8.112/1990, art. 193 e sustenta que a gratificação de função possuiria natureza de adicional de caráter individual, sendo este o fundamento para a concessão no ato de aposentadoria da recorrente. Alega que a parcela em questão não estaria dentre aquelas a serem excluídas, segundo rol taxativo do art. 1º, III, da Lei 8.852/1994.

5.4. Assim, sustenta que ‘inclusão no pagamento dos proventos da aposentadoria da gratificação de função aos servidores públicos que tenham satisfeito, até a data de 18 de janeiro de 1995 - data em que entrou em vigor da MP 831, de 1995 -, os pressupostos temporais estabelecidos no art. 193 da Lei 8.112/1990, não viola o § 2º do art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 20/98, pois, como demonstrado acima, 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 (Lei 8.852/1994, Art. 1º, inciso III)’.

5.5. Alude a precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) [ADI 3104. Relatora Ministra CÉRMEN LÚCIA. T. Pleno. Unânime. Pub.: 9/11/2007] e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) [RMS 20.103 - Relator: Ministro PAULO MEDINA. 6ª Turma. Unânime. Julg.: 6/10/2005] e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) [Proc. 0053507-65.2015.4.01.3400 - E. De Declaração. Relatora: Desembargadora Federal GILDA SIGMARINGA SEIXAS. 1ª Turma. Unânime. Julg.: 10/10/2018].

5.6. Conclui que, ‘preenchendo o servidor os requisitos para a inativação antes da promulgação da nova Lei, a norma que servirá de amparo é a do tempo em que o segurado preencheu todas as exigências legais para inativar-se, não incidindo a nova regulamentação constitucional’.

Análise:

5.7. A argumentação recursal não merece acolhimento quanto ao ponto.

5.8. 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).

5.9. 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.

5.10. 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.

5.11. Portanto, diferentemente do alegado, por ter natureza transitória, não permanente, a parcela cognominada ‘opção’ não integra a remuneração dos servidores públicos federais.

5.12. 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 8.112, de 1990, ou outra paga sob o mesmo fundamento, sendo excluídas:

(...)

5.13. 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 ‘os servidores que tenham satisfeito, até a data de 18 de janeiro de 1995 (vigência da MP 831/1995 que extinguiu a gratificação de função), o pressuposto temporal estabelecido no art. 193 da Lei 8.112/1990 [...] contribuíram sobre essa parcela durante todo o lapso de tempo estabelecido na norma acima citada’. Alude ao art. 12 da EC 20/1998 e à Lei 9.630/1998 c/c a Lei 8.852/1994, art. 1º, III. Defende, então que, ‘se o próprio texto da [EC 20/1998] determinava a observância dos diplomas legais que exigiam a cobrança da contribuição previdenciária sobre a parcela de retribuição pelo exercício de cargo em comissão ou função comissionada, não há como prevalecer entendimento em contrário, no sentido da inexistência de contribuição previdenciária sobre a parcela denominada ‘opção’ durante o período de vigência do art. 193 da Lei 8.112/1990’

6.1. Alega 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, por meio da Decisão 683/2001-TCU-Plenário.

6.2. Repisa que, ‘se o servidor contribuiu sobre uma determinada parcela de sua remuneração para o Regime Próprio da Previdência Social - RPSS - e continua contribuindo na aposentadoria, logo o pagamento daquela parcela está protegida pelo princípio da legalidade, não cabendo, em consequência a sua exclusão dos proventos’.

Análise:

6.3. 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. (Vide Lei 10.887, de 2004) Vide ADIN 2010, de 1999

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

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

‘O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Redator, DECIDE conhecer da Representação formulada pela então Divisão de Pagamento - Dipag/Serec/Segedam e, tendo em vista o disposto nos arts. 40, § 12, 201, § 11, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 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 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).

6.4. Reafirma-se que referidas considerações são pertinentes, razão por que são incorporadas à presente análise como fundamentos para rejeitar os argumentos apresentados pela recorrente.

Do princípio da segurança jurídica e do direito adquirido

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

7.1. Alega que a recorrente ‘vem recebendo gratificação de função na ativa e depois incorporada aos seus proventos’, conforme certidão anexa ao recurso. Sustenta que ‘o administrado não deve ser submetido a uma redução em seus proventos, provenientes do período em que estava em atividade, com profundo prejuízo em sua renda o que corresponde a gratificação incorporada em aproximadamente em 45%, em relação ao vencimento básico’, conforme demonstrariam os contracheques da recorrente anexos ao recurso.

7.2. Advoga que o princípio da segurança jurídica vedaria ‘desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas, mesmo quando ocorre alguma inconformidade com o texto legal durante sua constituição, deve ser observado e respeitado’. Defende que tal princípio também seria limitador da prerrogativa do TCU em alterar seu entendimento, ‘pois os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade surgida a cada julgamento de registro de ato de aposentadoria de servidor público por aquele Tribunal’.

7.3. Alude a precedente do STF (MS 24.268/MG. Rel. Ministra Ellen Gracie. Relator para o Acórdão Min. GILMAR MENDES. Tribunal Pleno. DJ 17/9/2004).

7.4. Invoca também suposta violação a direito adquirido da recorrente. Alega que o direito à parcela em questão estaria ‘plenamente incorporado ao patrimônio jurídico da [recorrente], sendo vedado à autoridade administrativa opor restrições onde não o fez a lei que concedeu o benefício’.

7.5. Sustenta que o acórdão recorrido ‘afronta o princípio constitucional do direito adquirido, estabelecido no inciso XXXVI do art. 5º da Lei Maior, pois a única exigência que fazia o art. 193 da Lei 8.112, de 1990 era o exercício de função comissionada por cinco anos continuados ou dez interpolados, requisito esse atendido pela [recorrente] como atestam os respectivos atos da

aposentação'. E, nessa linha argumentativa, defende que 'não pode uma lei posterior à aquisição do direito e nem mesmo uma emenda constitucional, prejudicar o direito adquirido à vantagem do aludido art. 193, fazendo inserir - retroativamente e em afronta ao mencionado preceito constitucional (direito adquirido) - uma exigência que não constava do dispositivo revogado (art. 193 da Lei 8.112/90), como também não tem o [TCU], como qualquer outro Tribunal, competência para adotar entendimento que afronte a cláusula pétrea insculpida no inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição Federal'.

Análise:

7.6. 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'.

7.7. 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.

7.8. 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.

7.9. 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 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 8.112, de 1990 (grifos acrescidos).

7.10. No que tange à jurisprudência superada pelo TCU, 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).

7.11. 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, 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 situações, 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.

7.12. 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).

7.13. 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.

7.14. 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.

7.15. Sobre o princípio da segurança jurídica, cabe lembrar 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(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 29/6/2020, DJe 7/7/2020). [grifou-se]

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(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/05/2020, DJe 17/6/2020). [grifou-se]

7.16. Sendo do tipo complexo o ato de aposentadoria, este somente passa a estar plenamente formado (perfeito), válido (aferição 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.

7.17. 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).

7.18. 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 ao recorrente, não havendo, assim, que se falar em violação da segurança jurídica, de proteção da confiança, de direito adquirido ou de razoabilidade.

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

7.20. Por fim, cumpre repisar que este Tribunal tem o poder-dever de apreciar, para fins de registro, os atos de pensão civil na esfera federal, nos termos do art. 71 da Lei Maior. Esta prerrogativa não pode ser infirmada pela sobreposição dos princípios da razoável duração do processo e da eficiência na Administração Pública.

7.21. 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.

CONCLUSÃO

8. 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 ao princípio da segurança jurídica ou ao direito adquirido;

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

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

9. A recorrente requer tramitação prioritária do processo com fundamento no art. 1.048, I, do CPC, por contar mais de sessenta anos de idade.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

10. Ante o exposto, submetem-se os autos às instâncias subsequentes, propondo-se:

a) conhecer do recurso interposto, para, no mérito, negar-lhe provimento;

b) deferir o pedido de tramitação prioritária ao processo (interessada maior de sessenta anos) [RI/TCU, art. 298 c/ CPC, art. 15 c/c art. 1.048, I];

c) 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.”

4. O Ministério Público junto ao TCU manifestou-se de acordo com o encaminhamento formulado pela secretaria especializada, nos termos do seguinte parecer (peça 30):

“Trata-se de pedido de reexame interposto contra o Acórdão 2.383/2020-TCU-1ª Câmara, que considerou ilegal o ato de aposentadoria do recorrente e negou o seu registro.

2. Segundo o referido decisum, a negativa de registro ocorreu em razão de que, com a inclusão da parcela denominada ‘Opção’, os proventos do interessado excederam a remuneração no cargo efetivo em que ocorreu a aposentadoria, o que afronta o disposto no Caput e no § 2º do art. 40, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 20/1998.

3. A Secretaria de Recursos (Serur), após analisar individualmente os argumentos apresentados na peça recursal, propõe conhecer do presente recurso, para, no mérito, negar-lhe provimento, por entender que não foram trazidos aos autos argumentos capazes de modificar a deliberação recorrida.

4. De fato, ao analisar a peça recursal, é possível observar que os argumentos trazidos pelo recorrente não permitem afastar a irregularidade apontada na deliberação recorrida, uma vez que a inclusão da parcela Opção nos seus proventos afronta a regra estabelecida no § 2º do art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 20/1998.

5. Nesse sentido, vale lembrar que com o advento da EC 20/1998, o § 2º do art. 40 da Constituição Federal passou a proibir que os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de suas concessões, excedessem a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que ocorreu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, senão vejamos:

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.

(...)

§ 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.

6. Observa-se, ainda, que o disposto no referido parágrafo está em consonância com o regime contributivo instituído pela EC 20/1998, ao alterar a redação do Caput do art. 40 da Constituição, uma vez que, para o equilíbrio de tal regime, não seria possível que na inatividade os proventos do servidor fossem superiores à remuneração que servia de cálculo para a sua contribuição na atividade.

7. Nesse sentido têm sido as decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da regra estabelecida no § 2º do art. 40 da Carta Magna, a exemplo da proferida nos autos do Agravo Regimental 721.354/MG, relatada pela Ministra Ellen Gracie, cujo trecho que importa à presente análise, transcreve-se a seguir:

O quantum da pensão por morte, nos termos do art. 40, § 2º, § 7º e § 8º, não pode extrapolar a totalidade dos vencimentos da remuneração do servidor à época do seu falecimento. (AI 721.354, Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgado em 14/12/2010, pela 2ª Turma. Publicado no DJE de 9/2/2011.

8. No âmbito deste Tribunal, a percepção na aposentadoria e nas pensões, a partir da instituição do regime contributivo, de parcela que não incide contribuição previdenciária também já foi considerada vedada em diversas outras oportunidades, a exemplo dos acórdãos 1.286/2008-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Marcos Bemquerer, e 2.000/2017-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Benjamin Zymler.

9. Além disso, cabe destacar que no Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário, proferido nos autos do TC 034.201/2016-5, este Tribunal firmou entendimento acerca da parcela 'Opção', nos seguintes termos:

9.4. firmar entendimento de que é vedado o pagamento das vantagens oriundas do art. 193 da Lei 8.112/1990, inclusive o pagamento parcial da remuneração do cargo em comissão ('opção'), aos servidores que implementaram os requisitos de aposentadoria após 16/12/1998, data de publicação da Emenda Constitucional 20, que limitou o valor dos proventos à remuneração do cargo efetivo no qual se deu a aposentadoria.

10. Ao firmar o referido entendimento, este Tribunal compatibilizou as normas introduzidas pela EC 20/1998 com a jurisprudência firmada no Acórdão 2.076/2005-TCU-Plenário, no sentido de que a vantagem 'Opção' é devida aos servidores que implementaram os requisitos temporais do art. 193 da Lei 8.112/1990 até 18/1/1995, data da edição da Medida Provisória 831/1995, que revogou o art. 193 da Lei 8.112/1990, mesmo sem terem preenchido, à época, os requisitos para a aposentadoria em qualquer modalidade.

11. In casu, o interessado preencheu os requisitos para a aposentadoria somente após 16/12/1998, motivo pelo qual a inclusão da parcela Opção nos seus proventos está em desacordo com a regra estabelecida no § 2º do art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 20/1998, e a jurisprudência deste Tribunal, firmada a partir da prolação do Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário.

12. Ademais, verifica-se que a deliberação recorrida foi proferida de acordo com todas as normas processuais aplicáveis à apreciação de atos, para fins de registro, e observou os princípios da segurança jurídica, da isonomia e do direito adquirido, ao ter dispensado a devolução dos valores indevidamente recebidos de boa-fé pelo recorrente, nos termos do Enunciado 106 da Súmula de Jurisprudência deste Tribunal.

13. Ante o exposto, este membro do Ministério Público de Contas, em consonância com a Unidade Técnica, entende que o presente pedido de reexame deve ser conhecido, para, no mérito, ter seu provimento negado.”

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos de pedido de reexame interposto por Maria Suely Carvalho de Mesquita contra o Acórdão 2.383/2020-TCU-Primeira Câmara, que considerou ilegal seu ato de aposentadoria em razão de ter sido consignada a vantagem “opção” em desacordo com a legislação de regência.

2. Inicialmente, ratifico o despacho exarado no sentido de que o recurso deve ser conhecido, porquanto preenche os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 48 da Lei 8.443/1992.

3. Em síntese, a recorrente alega que: a) houve ofensa à Emenda Constitucional 20/1998; b) houve a incidência da contribuição previdenciária sobre os pagamentos que originaram a parcela “opção”; e c) houve violação aos princípios da segurança jurídica, do direito adquirido e da isonomia.

4. A Secretaria de Recursos, com o apoio do Ministério Público junto ao TCU, concluiu que: a) o ato ofende a EC 20/1998; b) as parcelas remuneratórias decorrentes do exercício das funções comissionadas deixaram de constituir base de incidência para a contribuição previdenciária desde 16/12/1998; e c) não houve violação aos princípios da segurança jurídica, do direito adquirido e da isonomia. Assim, os pareceres são no sentido de negar provimento ao pleito.

5. No mérito, acolho integralmente a análise empreendida pela secretaria especializada e adoto aqui, como razões de decidir, os fundamentos sustentados no parecer que compõe o relatório precedente, sem prejuízo de tecer as seguintes considerações.

6. A consignação da vantagem “opção” merece ser avaliada à luz da impossibilidade de que os proventos de aposentadoria ou pensão excedam a remuneração do servidor no cargo efetivo, conforme estabelece o art. 40, § 2º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998:

“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)

(...)

§ 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)”

7. Nesse contexto, a questão foi objeto de esclarecimento por ocasião do Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário, que estabeleceu o seguinte:

“9.4. firmar entendimento de que é vedado o pagamento das vantagens oriundas do art. 193 da Lei 8.112/1990, inclusive o pagamento parcial da remuneração do cargo em comissão (‘opção’), aos servidores que implementaram os requisitos de aposentadoria após 16/12/1998, data de publicação da Emenda Constitucional 20, que limitou o valor dos proventos à remuneração do cargo efetivo no qual se deu a aposentadoria.”

8. No caso em exame, os requisitos para aposentadoria foram preenchidos após a publicação da EC 20/1998, o que atrai a disciplina do art. 40, § 2º, da Constituição Federal, e impede a concessão da vantagem “opção”, por acarretar proventos em valor superior à remuneração do cargo efetivo, o que exclui os valores recebidos pelo exercício de cargo em comissão ou função de confiança, circunstância que conduz à ilegalidade do ato, conforme bem delineado na deliberação recorrida.

9. No que se refere à contribuição previdenciária sobre a parcela opção, a jurisprudência é pacífica no sentido de que, desde o advento da EC 20/1998, tal contribuição social não incide sobre parcelas recebidos pelo exercício de cargo em comissão ou função de confiança, conforme Decisão

683/2001-TCU-Plenário. Daí a impossibilidade de que a parcela seja carregada aos proventos de aposentadoria, pois sobre ela não havia mais contribuição desde muito antes da aposentadoria aqui examinada.

10. Ademais, ainda que a interessada houvesse optado pela inclusão da vantagem na base de cálculo da contribuição previdenciária, nos termos do art. 4º, § 2º, da Lei 10.887/2004, seus proventos somente poderiam considerar essa contribuição caso a aposentadoria se desse com base naquela lei (pela média das remunerações contributivas, sem paridade), o que não foi o caso. E mesmo que se tratasse de aposentadoria pela média, os proventos também estariam limitados ao valor da última remuneração do cargo efetivo.

11. De todo modo, qualquer discussão acerca de períodos em que teria havido a contribuição é irrelevante para o deslinde da questão aqui discutida, ante a expressa vedação constitucional de que os proventos de aposentadoria excedam a remuneração do cargo efetivo, independentemente de contribuição previdenciária.

12. Tampouco há que se falar em violação à segurança jurídica ou ao direito adquirido. É que o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência assentada (MS 24.997-8/DF, MS 24.958-7/DF e MS 25.015-1/DF), acompanhada pelo TCU (Súmula 278), no sentido de que o ato de aposentadoria, reforma ou pensão, por sua natureza complexa, somente se aperfeiçoa com o exame e consequente registro pelo Tribunal de Contas, nos termos do art. 71, inciso III, da Constituição Federal.

13. Desse modo, considerando que o ato ora examinado não foi registrado, não há ato jurídico perfeito, válido e eficaz capaz de gerar direito a ser assegurado.

14. A inexistência de ato registrado, aliás, também torna incabível qualquer modulação de efeitos para transformar a vantagem em parcela compensatória. Nessa linha, cabe destacar o Acórdão 2.988/2018-TCU-Plenário, ocasião em que a conversão da “opção” em vantagem pessoal a ser absorvida ficou adstrita aos casos de servidores com atos já apreciados e registrados pelo TCU, o que não se verifica aqui.

15. Quanto ao argumento de que teria havido ofensa à isonomia em razão de o TCU já ter considerado legais atos contendo a vantagem ora discutida, esse fato não serve de amparo para que atos ainda não apreciados e que apresentem essa patente inconstitucionalidade permaneçam gerando efeitos.

16. Muito embora o TCU tenha apreciado pela legalidade atos que continham a parcela “opção” com amparo no entendimento construído no Acórdão 2.076/2005-TCU-Plenário, os efeitos da vedação constitucional inaugurada pela EC 20/1998 – no sentido de que os proventos não podem superar a remuneração do cargo efetivo – somente vieram a ser enfrentados por ocasião do Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário.

17. Com efeito, o ato da recorrente foi apreciado após a prolação do sobredito Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário, o que atraiu o entendimento ali firmado, conforme já esclarecido. Aliás, com base nessa inteligência, o TCU tem recorrentemente impugnado a inclusão da parcela “opção” nos proventos de aposentadorias emitidas nas circunstâncias do caso ora reexaminado, conforme exemplificam os Acórdãos 1.255/2020, 2.793/2019 e 2.646/2019, todos do Plenário; 6.860/2020, 6.696/2020 e 6.674/2020, todos da Primeira Câmara; e 6.731/2020, 6.574/2020 e 6.178/2020, todos da Segunda Câmara.

18. Por aí se vê, também, que não houve aplicação retroativa de nova interpretação. É que, a rigor, o Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário não modificou o Acórdão 2.076/2005-TCU-Plenário, mas apenas reconheceu limitações à interpretação ali construída em razão da vedação trazida pela EC 20/1998, que ainda não havia sido enfrentada.

19. Ademais, não se pode perder de vista que a aposentadoria da interessada, concedida com a vantagem “opção”, nunca se aperfeiçoou, não havendo nem mesmo que se falar em situação consolidada imune à aplicação de novo critério interpretativo. Fato é que não havia qualquer óbice para que o TCU, no mister de suas competências constitucionais, negasse registro ao ato à luz das limitações impostas pela EC 20/1998.

20. Nesse cenário, não tendo sido apresentados elementos capazes de infirmar a deliberação recorrida, cumpre ao TCU negar provimento ao pleito, mantendo-se inalterado o Acórdão 2.383/2020-TCU-Primeira Câmara.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 1 de dezembro de 2020.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator

ACÓRDÃO N.º 13993/2020 – TCU – 1ª Câmara

1. Processo n.º TC 027.229/2019-0.
2. Grupo I – Classe de Assunto I – Pedido de Reexame (Aposentadoria).
3. Recorrente: Maria Suely Carvalho de Mesquita (215.883.762-49).
4. Órgão: Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região/AC e RO.
5. Relator: Ministro Bruno Dantas.
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.
6. Representante do Ministério Público: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).
8. Representação legal: Pedro Pereira de Oliveira (OAB-RO/4.282), representando Maria Suely Carvalho de Mesquita.
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de pedido de reexame interposto por Maria Suely Carvalho de Mesquita contra o Acórdão 2.383/2020-TCU-Primeira Câmara, que considerou ilegal seu ato de aposentadoria;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da Primeira Câmara, com fundamento no artigo 48 da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 285 e 286 do Regimento Interno do TCU, diante das razões expostas pelo Relator, em:

 - 9.1. conhecer e negar provimento ao pedido de reexame;
 - 9.2. dar ciência deste acórdão à recorrente e ao Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região/AC e RO.
10. Ata n.º 43/2020 – 1ª Câmara.
11. Data da Sessão: 1/12/2020 – Telepresencial.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-13993-43/20-1.
13. Especificação do quórum:
 - 13.1. Ministros presentes: Walton Alencar Rodrigues (Presidente), Bruno Dantas (Relator) e Vital do Rêgo.
 - 13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
WALTON ALENCAR RODRIGUES
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
RODRIGO MEDEIROS DE LIMA
Procurador