

GRUPO I – CLASSE I – Primeira Câmara

TC 030.769/2019-1.

Natureza: Pedido de reexame (Aposentadoria).

Órgão: Justiça Federal de Primeiro Grau – RJ.

Interessado: Alexandre dos Santos Mariano (659.511.587-53).

Representação legal: Rudi Meira Cassel (OAB/DF 22.256) e outros.

SUMÁRIO: ALTERAÇÃO DE FUNDAMENTO LEGAL DA APOSENTADORIA COM VISTAS A INTEGRALIZAÇÃO DE PROVENTOS. PAGAMENTO DA VANTAGEM CONHECIDA COMO “OPÇÃO” SEM QUE TENHAM SIDO CUMPRIDOS OS REQUISITOS LEGAIS. IRREGULARIDADE QUE JÁ CONSTAVA DO ATO INICIAL. DECISÃO ADMINISTRATIVA 481/1997-PLENÁRIO. DECISÃO ANULADA PELA DECISÃO 844/2001-PLENÁRIO. PAGAMENTOS MANTIDOS EM NOME DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE DE SE ASSEGURAR NOVA MELHORIA SEM QUE SE PROCEDA À CORREÇÃO DA ILEGALIDADE VERIFICADA. PEDIDO DE REEXAME. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA MODIFICAR O ACÓRDÃO RECORRIDO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório, com os devidos ajustes de forma, a instrução elaborada no âmbito da Secretaria de Recursos (peça 29), com a qual se manifestou de acordo o corpo gerencial daquela unidade técnica especializada (peça 30), a seguir transcrita:

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de pedido de reexame (peças 16/17) interposto por Alexandre dos Santos Mariano, ex-servidor Justiça Federal de Primeiro Grau - RJ, contra o Acórdão 8.389/2020–TCU–1ª Câmara (peça 8), que teve como relator o Excelentíssimo Senhor Ministro Benjamin Zymler.

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de processo de alteração de fundamento legal de aposentadoria de ex-servidor da Justiça Federal de Primeiro Grau do Rio de Janeiro,

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

9.1. considerar ilegal a alteração de fundamento legal da aposentadoria do sr. Alexandre dos Santos Mariano e negar registro ao respectivo ato;

9.2. dispensar a devolução dos valores indevidamente recebidos de boa-fé pelo interessado, nos termos do Enunciado 106 da Súmula de Jurisprudência desta Corte;

9.3. determinar à Justiça Federal de Primeiro Grau do Rio de Janeiro que adote as seguintes providências, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa:

9.3.1. dê ciência ao interessado do inteiro teor desta decisão no prazo de quinze dias e faça juntar o comprovante de notificação aos autos nos quinze dias posteriores;

9.3.2. suspenda os pagamentos efetuados com base no ato ora impugnado.

HISTÓRICO

2. O ato de alteração da aposentadoria do recorrente foi julgado ilegal, em virtude de o ex-servidor não ter implementado nenhum dos requisitos estipulados pelo revogado art. 193 da Lei 8.112/1990. Por motivos didáticos, transcreve-se a seguir o voto da decisão vergastada (peça 9):

Examina-se, nesta oportunidade, o ato de alteração de fundamento legal da aposentadoria do servidor Alexandre dos Santos Mariano com o objetivo de integralização de seus proventos em virtude de doença especificada em lei.

2. O interessado inativou-se por invalidez permanente em 13/10/1997 com proventos proporcionais (14 anos de tempo de serviço), acrescidos da vantagem dos “quintos” e de retribuição parcial pelo exercício de cargo em comissão (“opção”).

3. Apesar de não constar nenhum detalhamento do tempo de serviço e de função, o ato inicial (Sisac número de controle 20782110-04-1997-000027-6) foi registrado (processo TC 857.406/1998-1).

4. Consta do ato de alteração em exame que o interessado exerceu função de confiança por apenas 22 meses e 12 dias, nos anos de 1993 e 1994, em períodos intercalados — provavelmente a título de substituição. Desse tempo, cerca de 15 meses referem-se à RG 2, transformada em FC 5, e outros 7 meses referem-se ao exercício de DAS 2, transformado em FC 6.

5. O formulário Sisac relativo ao ato inicial mencionava a concessão da vantagem “opção” calculada com base na FC 6 (originária do DAS 2), a despeito de o interessado ter laborado apenas 7 meses no cargo em comissão de origem, como se verifica nos dados relativos ao exercício de função constantes do ato ora em exame. Além disso, foi deferido ao interessado, ainda, um quinto de FC 6.

6. Ora, o servidor não havia implementado nenhum dos requisitos estipulados pelo revogado art. 193 da Lei 8.112/1990, a exemplo dos 5 anos de exercício contínuo de cargo em comissão ou função gratificada. Menos ainda os 10 anos interpolados, como seria exigido na sua situação, já que o cargo em comissão DAS 2 e a RG 2 foram exercidos de forma não contínua.

7. Para maior clareza, transcrevo o dispositivo mencionado:

“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.”

8. Sendo a aposentadoria de 1997, é possível inferir que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região fez uso da Decisão Administrativa 481/1997 (relator Ministro Paulo Affonso) para a concessão da retribuição parcial pelo exercício do cargo em comissão (“opção”). Por meio dessa decisão, foi firmado o entendimento — equivocadamente, data maxima venia — de que o pagamento da vantagem “opção” estaria assegurado a todos os inativos que houvessem incorporado pelo menos um “quinto”, independentemente da revogação do art. 193 da Lei 8.112/1990. Nessa linha, a Decisão Administrativa 481/1997 dispôs (grifos acrescidos):

“O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

1 - Conhecer da Representação da SEGEDAM, para, no mérito, esclarecer àquela Unidade Técnica que na instrução dos processos relativos a concessões deve observar os seguintes preceitos básicos:

(...)

c) O direito à opção alcança tanto o servidor que se aposentou no exercício da função comissionada como o servidor efetivo, optante, na atividade, e portador ainda que apenas de 1/5 (um quinto) ou 1/10 (um décimo), o qual poderá levar para a aposentadoria a parcela da opção correspondente à percebida na data da inatividade ou quando satisfizer os requisitos necessários para tanto.”

9. A patente antijuridicidade desse entendimento, que não apenas tornou inócua a revogação do art. 193 da Lei 8.112/1990 como expandiu as hipóteses de concessão da vantagem “opção” nos proventos de aposentadoria, pois estendeu a todos que houvessem incorporado um único “quinto” (ou seja, exercido a função/cargo em comissão por apenas um ano), foi reconhecida quatro anos mais tarde pelo Plenário, por meio da Decisão 844/2001-Plenário, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, que anulou a citada decisão administrativa e determinou a revisão dos atos de concessão registrados há menos de cinco anos.

10. Posteriormente, houve alteração na modulação da Decisão 844/2001 pelos Acórdãos 589/2005 e 2076/2005, todos do Plenário.

11. Em que pese ter se aperfeiçoado o ato de concessão inicial de aposentadoria do interessado, cuja revisão foi afastada em nome do princípio da segurança jurídica, não há como pretender a concessão de melhoria posterior cumulada com vantagem absolutamente ilegal.

12. Esse entendimento fundamentou o Acórdão 1952/2018-Plenário, também de minha relatoria (grifos acrescidos):

“5. O sr. Arlindo Batista Brum inativou-se, voluntariamente, em 17/6/1992, com proventos proporcionais ao tempo de serviço (30 anos e 6 dias). Mais tarde, com o advento da Lei 8.911/1994, seu título concessório sofreu duas alterações, associadas ao exercício de funções comissionadas na entidade entre os anos de 1973 e 1992: primeiro, em 11/1/1995, para inclusão de 4/5 de DAS-2 e 1/5 de DAS-4; depois, em 17/2/1999, para modificação na composição dos quintos (que passaram a representar 1/5 de DAS-2 e 4/5 de DAS-4) e para inclusão da ‘opção de função’, referente ao DAS-4.

6. Os três atos já foram registrados pelo Tribunal, o último deles em 28/4/2009 (Acórdão 1.740/2009-1ª Câmara).

7. Neste momento, como dito, busca-se a integralização dos proventos, com efeitos a partir de outubro de 1999, nos termos do art. 190 da Lei 8.112/1990.

(...omissis...)

18. Portanto, na melhor das hipóteses, os antigos cargos e funções existentes na estrutura da empresa Embratur teriam se tornado elegíveis para efeito de incorporação de ‘quintos’ e ‘opção’ apenas em 1991, quando, supostamente, transformados em cargos e funções públicas pela Lei 8.181.

19. Assim, o sr. Arlindo Batista Brum faria jus à incorporação de um único quinto de DAS-2, sem direito à opção.

20. Como no ato ora em exame são atribuídos ao interessado 4/10 de DAS-2 e 6/10 de DAS-4, além da ‘opção’ do DAS-4, o título apresenta-se ilegal, insuscetível, pois, de registro.

21. Sob outro enfoque, embora já não se apresente possível, no caso concreto, retirar os ‘quintos’ e a ‘opção’ dos proventos do inativo, pois que protegidos pela decadência, também não seria razoável permitir que um benefício reconhecidamente irregular, tolerado apenas em reverência à segurança jurídica, fosse agora aperfeiçoado para elevar ainda mais seu valor, de resto já bem acima daquilo que efetivamente seria devido ao interessado.

22. Num tal contexto, a eventual integralização dos proventos dependeria da supressão das parcelas irregulares, para o que seria necessária prévia e expressa concordância do ex-servidor.”

13. A situação descrita no precedente guarda estreita relação com a que ora se examina. O inativo vem recebendo há mais 20 anos indevidamente a retribuição parcial do cargo em comissão (“opção”), sem que a ela tenha algum dia feito jus.

14. Atualmente, o valor indevidamente recebido é de R\$ 3.072,00. É possível estimar que a integralização dos proventos assegurou-lhe um aumento de R\$ 6.839,03 (21/35 incidentes sobre os proventos básicos e GAJ, que totalizam R\$ 11.398,39).

15. Portanto, ou se mantém o título anteriormente registrado, com proventos proporcionais, ou se permite a integralização dos proventos com a supressão da vantagem ilegal, cuja permanência foi tolerada tão-somente para homenagear o princípio da segurança jurídica, com evidente prejuízo ao Erário e ao contribuinte.

16. Dessarte, o novo título de inatividade não pode ser registrado, pois está eivado de vício, a saber, pagamento de vantagem alusiva ao exercício do cargo em comissão sem que o interessado tenha satisfeito os requisitos estipulados no art. 193 da Lei 8.112/1990.

17. No tocante à integralização dos proventos, devo consignar que não basta o servidor aposentado por invalidez ter sido acometido por doença especificada em lei. É necessário demonstrar que a nova moléstia, por si só, o tornaria inválido, independentemente de seu quadro de saúde anterior. Nessa linha é o comando da lei (grifos acrescidos):

“Art. 190. O servidor aposentado com provento proporcional ao tempo de serviço se acometido de qualquer das moléstias especificadas no § 1º do art. 186 desta Lei e, por esse motivo, for considerado inválido por junta médica oficial passará a perceber provento integral, calculado com base no fundamento legal de concessão da aposentadoria. (Redação dada pela Lei nº 11.907, de 2009)”

18. Por fim, proponho seja dispensada a devolução dos valores indevidamente recebidos de boa-fé pelo inativo, nos termos do Enunciado 106 da Súmula de Jurisprudência deste Tribunal.

Diante do exposto e com as vênias por dissentir dos pareceres, VOTO por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto a este colegiado.

[destaques acrescidos]

2.1. Extraí-se da transcrição acima que, a despeito de a Decisão 844/2001 ter determinado a revisão dos atos de concessão registrados, em razão de o ex-servidor não ter implementado nenhum dos requisitos estipulados pelo revogado art. 193 da Lei 8.112/1990, os Acórdãos 589/2005 e 2076/2005 modularam a decisão anterior, aperfeiçoado o ato concessório em nome do princípio da segurança jurídica.

2.2. Na presente oportunidade, o interessado pleiteia melhoria do ato concessório original, que teria se baseado em vantagem considerada ilegal por este Tribunal.

2.3. Sobre o instituto da “opção”, o Excelentíssimo Senhor Ministro Benjamin Zymler, por ocasião da apreciação do TC 027.914/2013-5 (Acórdão 2988/2018–TCU–Plenário, Sessão de 12/12/2018), elaborou em seu voto revisor, cujas razões foram integralmente acolhidas pela relatora, ministra Ana Arraes, didático e esclarecedor histórico, o qual será apresentado abaixo, com alguns ajustes de forma, supressões e adições.

Da vantagem “opção”

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

2.5. 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.

2.6. 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.

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

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

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

2.8. 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).

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

2.10. 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%.

2.11. 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.

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

2.13. 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.”

2.14. 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.

2.15. 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.

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

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

2.18. 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.

2.19. 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.

2.20. 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.

2.21. 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.

2.22. 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).

2.23. 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).

2.24. 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”.

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

2.26. 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.

2.27. 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”.

2.28. 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.

2.29. 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.

2.30. 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.

2.31. 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.

2.32. 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.

2.33. 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.

2.34. 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.

2.35. 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.

2.36. 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.**

2.37. 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.**

2.38. 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.

2.39. 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.

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

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

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

2.41. 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.**

2.42. De mais a mais, a jurisprudência apregoa que é “vedado ao servidor público carrear para os proventos da aposentadoria ou para a pensão por ele instituída parcela da remuneração sobre a qual não incidiu desconto previdenciário” (Acórdão 5.919/2019-1ª Câmara, de relatoria do ministro Benjamin Zymler, entre outros). Ressalva-se, na hipótese, as gratificações de caráter geral, criadas após a jubilação do servidor com direito à paridade de proventos, desde que não tenham natureza *pro labore faciendo*.

Dos fundamentos para o julgamento pela ilegalidade da presente aposentadoria

2.43. Analisando-se o ato de alteração da aposentadoria do recorrente (peça 2), podem-se extrair as seguintes informações: o interessado conta com 14 anos, 0 meses e 19 dias de tempo de serviço,

sendo que a vigência do ato é a partir de 8/2/2017, com fundamento na EC 47/2005. Assim, só veio a adquirir o direito à aposentação após a vigência da EC 20/1998;

2.44. Destarte, a presente concessão é ilegal porque:

- a) houve violação à regra constitucional, introduzida pela Emenda Constitucional 20/1998, que limita o valor dos proventos à remuneração do cargo efetivo;
- b) é vedado ao servidor público carrear para os proventos da aposentadoria ou para a pensão por ele instituída parcela da remuneração sobre a qual não incidiu desconto previdenciário, ressalvando-se as gratificações de caráter geral, criadas após a jubilação do servidor com direito à paridade de proventos, desde que não tenham natureza *pro labore faciendo*.

ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame de admissibilidade efetuado por esta unidade instrutora (peça 19), ratificado pela Ministro-Relator Vital do Rêgo (peça 21), que concluiu pelo conhecimento do pedido de reexame acostado à peça 16, com fundamento no artigo 48 da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 285 e 286, parágrafo único, do RI/TCU, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.3 e 9.3.2 do Acórdão 8.389/2020-TCU-1ª Câmara.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

Constitui objeto do presente recurso definir se:

- a) houve ofensa à EC 20/1998;
- b) houve a incidência da contribuição previdenciária sobre a opção até 28/1/1999;
- c) houve violação à segurança jurídica e a vedação à aplicação retroativa de nova interpretação;
- d) houve violação ao direito adquirido;
- e) houve violação ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos;
- f) a decisão do TRF-1ª Região, no âmbito do Processo 1041687-08.2019.4.01.0000, enseja o sobrestamento do presente processo.

5. Da ofensa à EC 20/1998

5.1. O Sr. Alexandre dos Santos Mariano defende que o ato que lhe concedeu a sua aposentadoria não violou o disposto na EC 20/1998.

5.2. Sustenta a alegação acima com base nos seguintes argumentos:

- a) Nos termos do art. 1º, inciso III, Lei 8.852/1994, integraria a remuneração do servidor ocupante de cargo efetivo a retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, prevista no art. 62 da Lei 8.112/1990 (peça 16, p. 10);
- b) Conforme o art. 62 da Lei 8.112/1990, a retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de natureza especial por servidor ocupante de cargo efetivo originaria a vantagem prevista no art. 193 do mesmo diploma (peça 16, p. 10);
- c) A parcela opção decorreria justamente do exercício de cargo em comissão ou função comissionada por, no mínimo, 5 anos ininterruptos ou 10 anos intercalados (peça 16, p. 10);
- d) Desse modo, seria inquestionável que o pagamento da parcela opção não encontraria óbice no § 2º do artigo 40 da Constituição Federal pois a retribuição que fundamenta a parcela sempre teria integrado a remuneração do servidor, nos termos do que prevê a Lei 8.852/1994 (peça 16, p. 10-11).

Análise

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

6. Da incidência da contribuição previdenciária

6.1. Defende que houve a incidência da contribuição previdenciária sobre a parcela de retribuição pelo exercício da função comissionada.

6.2. Sustenta a alegação acima com base nos seguintes argumentos:

a) O entendimento sustentado pelo TCU iria de encontro ao texto da EC 20/1998, o qual determinaria a observância da legislação que exigia a incidência de contribuição previdenciária sobre a retribuição pelo exercício de função comissionada ou cargo em comissão. Dessa forma, não haveria que se falar que os servidores deixaram de contribuir sobre a parcela que originou o pagamento da vantagem do artigo 193 da Lei 8.112/1990, durante sua vigência – peça 16, p. 12;

b) Portanto, seria irrefutável o fato de que efetivamente ocorreu a contribuição sobre a retribuição pelo exercício de função comissionada ou cargo em comissão, por força do disposto no artigo 12 da EC 20/1998, e nas Leis 9.630/1998, e 8.852/1994 (peça 16, p. 12).

Análise:

6.3. obre essa questão, transcreve-se as judiciosas considerações do Ministro Benjamin Zymler, por ocasião da apreciação do TC 001.928/2019-8 (Acórdão 5.919/2019–TCU–1ª Câmara, Sessão de 23/7/2019):

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

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

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

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

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

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

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

6.4. Diante de todo o exposto, propõe-se rejeitar os argumentos apresentados.

7. Da violação à segurança jurídica e da vedação à retroação de nova interpretação

7.1. Alega que houve violação ao princípio da segurança jurídica e à vedação à aplicação retroativa de nova interpretação.

7.2. Defende a alegação acima a partir dos seguintes argumentos:

a) Os atos do poder público deveriam buscar a “fiabilidade, racionalidade e transparência”, de forma que em relação a eles “o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos de seus próprios atos” (peça 16, p. 12);

b) O princípio da segurança jurídica se apresentaria como um dos elementos constitutivos do Estado de Direito e deveria ser observado em qualquer ato do Poder Público, seja ele originado do executivo, legislativo ou judiciário (peça 16, p. 13);

c) O corte imediato do pagamento da parcela opção inquestionavelmente acabaria por ferir a segurança jurídica e a confiança dos servidores, além de acarretar um prejuízo econômico significativo, pois trata-se do corte de parcela que possui inegável caráter alimentar (peça 16, p. 15);

d) O entendimento firmado no Acórdão 2.076, de 2005, há muito já teria se consolidado no tempo, uma vez que, por quase 15 anos, os servidores teriam sido beneficiados pelo entendimento favorável do TCU, tendo seus atos de aposentadoria sido julgados legais mesmo que o pagamento da parcela opção fosse resultado de uma aposentadoria adquirida após a EC 20/1998 (peça 16, p. 17);

e) O art. 24 da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro – Decreto Lei 4.657/1942, vedaria a aplicação retroativa de entendimentos nas esferas administrativa, controladora ou judicial, de modo a declarar inválidas situações plenamente constituídas. No mesmo sentido, o art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei 9.784/1999 vedaria a aplicação retroativa de nova interpretação (peça 16, p. 19-20);

f) Embora vedada, a mudança de entendimento do TCU teria promovido a aplicação retroativa de nova interpretação da norma legislativa, fazendo retroagir a nova orientação adotada pela Corte de Contas para atingir situações já consolidadas, já que concedidas sob a égide da interpretação conferida pelo Acórdão 2.076, de 2005 (peça 16, p. 20).

Análise

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

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

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

7.5. Acrescente-se a doutrina de Mauro Schiavi:

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

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

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

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

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

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

Na Alemanha, há disposição expressa no sentido de que “os juizes são independentes e somente se submetem à lei” (art. 97). Na Áustria, “Os juizes são independentes no exercício de suas funções judiciárias” (art. 87). Na Dinamarca, “No exercício de suas funções os magistrados devem se conformar à lei” (art. 64). Na Espanha, “A justiça emana do povo e ela é administrada em nome do rei por juizes e magistrados que constituem o poder judiciário e são independentes, inamovíveis, responsáveis e submetidos exclusivamente ao império da lei” (art. 117). Há também norma dispondo que “Toda pessoa tem o direito de obter a proteção efetiva dos juizes e tribunais para exercer seus direitos e seus interesses legítimos, sem que em nenhum caso esta proteção possa lhe ser recursada” (art. 24).

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

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

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

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

7.12. Assim, sendo o ato de aposentadoria complexo, 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 executividade provisória) quando recebe o registro pela Corte de Contas. Tal entendimento decorre do disposto no inciso III do art. 71 da Constituição Federal, que estabelece que compete ao Tribunal de Contas da União apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão, assim como a concessão de aposentadoria, reforma ou pensão.

7.13. Nessa perspectiva, impõe-se reconhecer que referido ato possui natureza precária (cf., e.g., Acórdão 2.482/2007-TCU-Primeira Câmara, Relator Augusto Nardes), razão pela qual, até que haja o efetivo julgamento e o conseqüente registro pela Corte de Contas, não há que se falar em ato jurídico perfeito, tendo em vista a ausência de aperfeiçoamento e definitividade do ato.

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

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

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

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

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

7.18. Desse modo, propõe-se rejeitar os argumentos apresentados.

8. Do direito adquirido

8.1. Defende que a decisão vergastada violou o princípio do direito adquirido.

8.2. Sustenta a alegação acima com base nos seguintes argumentos:

- a) O art. 193 da Lei 8.112/1990 apenas condicionaria o pagamento da parcela “opção” ao implemento do tempo de exercício na função ou cargo em comissão, sem fazer qualquer menção a necessidade de preencher, também, os requisitos para a aposentadoria (peça 16, p. 7);
- b) Assim, os servidores que, até 19 de janeiro de 1995, tenham preenchidos os requisitos impostos pelo art. 193 da Lei 8.112/1990 teriam direito adquirido a receber a denominada parcela “opção” (peça 16, p. 7);
- c) O direito adquirido e o ato jurídico perfeito seriam direitos individuais fundamentais, corolários da segurança jurídica, cuja ruptura não é admitida mesmo que o veículo seja emenda constitucional (Constituição Federal, artigo 60, § 4º, IV) – peça 16, p. 7.

Análise

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

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

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

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

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

8.6. Por todo o exposto, opina-se pela rejeição dos argumentos apresentados.

9. Da irredutibilidade dos vencimentos

9.1. Defende que a decisão vergastada violou à regra da irredutibilidade dos vencimentos.

9.2. Sustenta a alegação acima com base nos seguintes argumentos:

a) A subtração da parcela “opção” dos valores recebidos pelo recorrente violaria frontalmente o disposto no art. 37, XV, da CF/88 (peça 16, p. 18);

b) A irredutibilidade em questão alcançaria, igualmente, os proventos de aposentadoria, de modo que, conquanto não se possa falar em direito adquirido a regime jurídico, deveria ser assegurada a irredutibilidade da soma total dos proventos, conforme já teria se manifestado o Supremo Tribunal Federal (ARE 836518 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 18/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 17-12-2014 PUBLIC 18-12-2014) – peça 16, p. 18-19.

Análise:

9.3. Preliminarmente, a alegação não sustenta qualquer alteração do *decisum*.

9.4. Isso porque, de acordo com o STF, não há óbice à redução de proventos caso alguma parcela/vantagem esteja sendo paga ao arripio da lei, nos termos do entendimento proferido no âmbito do MS 25.552/DF, de 7/4/2008, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APOSENTADORIA DE MAGISTRADO.[...]. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA E OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE SALÁRIOS NÃO CONFIGURADAS. [...].3. O Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento de que, sendo a aposentadoria ato complexo, que só se aperfeiçoa com o registro no Tribunal de Contas da União, o prazo decadencial da Lei n. 9.784/99 tem

início a partir de sua publicação. Aposentadoria do Impetrante não registrada: inocorrência da decadência administrativa. 4. **A redução de proventos de aposentadoria, quando concedida em desacordo com a lei, não ofende o princípio da irredutibilidade de vencimentos.** Precedentes. 5. Segurança denegada.

[destaques acrescidos]

9.5. Desse modo, a cessação de benefício ilegal não poder ser tida como redução de proventos, tendo em vista que esta vantagem jamais poderia ter sido incorporada ao patrimônio jurídico do interessado, não havendo, assim, nenhum impedimento a sua sustação.

9.6. Por todo o exposto, propõe-se rejeitar as alegações.

10. Do Processo 1041687-08.2019.4.01.0000 (TRF-1ª Região)

10.1. Advoga que a decisão no bojo do Agravo de Instrumento 1041687-08.2019.4.01.0000 (TRF da 1ª Região) enseja o sobrestamento do presente feito.

10.2. Sustenta a alegação acima com base nos seguintes argumentos:

a) Teria sido dado provimento ao agravo de instrumento no bojo do Processo 1041687-08.2019.4.01.0000 (TRF-1ª Região), para determinar a suspensão do entendimento firmado no Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário (peça 16, p. 2-3);

b) O sobrestamento deste processo se mostraria devido pelo respeito às garantias constitucionais e ao tratamento isonômico de seus jurisdicionados (peça 16, p.3).

Análise

10.3. Em relação ao citado julgamento no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, deve-se observar que a decisão favorável pode beneficiar apenas servidores substituídos do Sindjus/DF, autor daquela demanda, o que não é o caso da recorrente.

10.4. A alegação de tratamento distinto para servidores que se encontram em situação idêntica não se sustenta, pois a questão do pagamento da “opção” restou devidamente analisada no longo histórico desta instrução, de tal maneira que, à luz da legislação aplicável à espécie, e seguindo as regras de Hermenêutica, firmou-se o entendimento de que 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.

10.5. Portanto, não havendo motivo que justifique sobrestar o processo, opina-se pela rejeição dos argumentos apresentados pela recorrente.

11. Informação adicional

11.1. O advogado, Rudi Cassel (OAB/DF 22.256), já constituído nos autos, requer que a expedição das publicações seja feita exclusivamente em seu nome (peça 16, p. 21).

CONCLUSÃO

12. Da análise de mérito, conclui-se que:

- a) o ato em reexame ofendeu a EC 20/1998;
- b) as parcelas remuneratórias decorrentes do exercício das funções comissionadas deixaram de constituir base de incidência para a contribuição previdenciária desde 16/12/1998;
- c) não houve violação à segurança jurídica nem à vedação à aplicação retroativa de nova interpretação;
- d) não houve violação ao direito adquirido;
- e) não houve violação ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos;
- f) a decisão do TRF-1ª Região, no âmbito do Processo 1041687-08.2019.4.01.0000, não enseja o sobrestamento do presente processo.

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

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

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

b) informar ao recorrente e demais interessados do acórdão a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que o fundamentam podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos.

2. O Ministério Público junto ao TCU, representado nos autos pela Procuradora-Geral Dra. Cristina Machado da Costa e Silva, manifestou-se de acordo com a proposição da unidade técnica (peça 31).

Eis o Relatório.

VOTO

Aprecia-se, nesta oportunidade, pedido de reexame interposto pelo Sr. Alexandre dos Santos Mariano em face do Acórdão 8.389/2020-TCU-1ª Câmara, por meio do qual esta Corte de Contas considerou ilegal o ato de alteração referente à aposentadoria emitida em favor do recorrente em razão da manutenção do pagamento da vantagem “opção” de que trata o art. 2º c/c o art. 11 da Lei 8.911/1994 (c/c art. 18 da Lei 11.416/2006) em conjunto com melhoria visando a integralização de proventos conferida por meio do ato de alteração em análise.

2. Preliminarmente, convém destacar que, no caso em epígrafe, já havia ato inicial (20782110-04-1997-000027-6) considerado legal pelo TCU nos autos do TC 857.406/1998-1 (Acórdão 2.267/2006-TCU-2ª Câmara, proferido na sessão de 15/8/2006), o qual contemplou o pagamento da parcela opção. Ocorre que o referido ato inicial foi emitido com proventos proporcionais (14/35). Com isso, o ato de alteração em análise buscou, por meio do fundamento contido no art. 190 da Lei 8.112/1990, integralizar os proventos (35/35). Ao analisar o caso em questão, o relator *a quo* enfatizou, no voto condutor do acórdão recorrido, que:

15. (...) ou se mantém o título anteriormente registrado, com proventos proporcionais, ou se permite a integralização dos proventos com a supressão da vantagem ilegal, cuja permanência foi tolerada tão-somente para homenagear o princípio da segurança jurídica, com evidente prejuízo ao Erário e ao contribuinte.

16. Dessarte, o novo título de inatividade não pode ser registrado, pois está eivado de vício, a saber, pagamento de vantagem alusiva ao exercício do cargo em comissão sem que o interessado tenha satisfeito os requisitos estipulados no art. 193 da Lei 8.112/1990.

3. No pedido de reexame interposto pelo Sr. Alexandre dos Santos Mariano (peça 16), o recorrente se atém a sustentar a legalidade do pagamento da parcela opção, com fundamento nos seguintes argumentos: (i) o processo em questão deve ser sobrestado até o deslinde final do processo 1041687-08.2019.4.01.0000, em trâmite no TRF-1ª Região, em respeito ao princípio da isonomia; (ii) não houve ofensa à EC 20/1998; (iii) houve contribuição previdenciária sobre a parcela até 28/1/1999; (iv) houve violação dos princípios da segurança jurídica, direito adquirido, irredutibilidade de vencimentos e irretroatividade de nova interpretação.

4. A Secretaria de Recursos (Serur), em seu parecer, propõe que o recurso interposto pelo recorrente seja conhecido, e no mérito, negado a ele provimento. A unidade instrutiva concluiu, em síntese, que: (i) não há necessidade de sobrestar o feito, uma vez que a matéria foi devidamente analisada pela Corte de Contas e sobre ela há jurisprudência dominante já formada e que o processo judicial mencionado não aproveita ao recorrente; (ii) o ato de aposentadoria ofende a EC 20/1998; (iii) não houve violação aos princípios da segurança jurídica, do direito adquirido, da irredutibilidade de vencimentos e da vedação da interpretação retroativa.

5. O Ministério Público junto ao TCU, em sua manifestação regimental, ratificou as conclusões formuladas pela Serur.

II

6. Quanto à admissibilidade do recurso interposto pelo recorrente, reforço o entendimento já externado no despacho de peça 21, no sentido de que o presente recurso seja conhecido, uma vez preenchidos os requisitos de admissão que regem a espécie.

7. No tocante à análise de mérito do apelo, registro minha concordância com os pareceres precedentes, razão pela qual adoto como minhas as conclusões formuladas pela Serur e pelo MPTCU por seus próprios fundamentos.

8. Preliminarmente vale lembrar que a percepção da vantagem denominada “opção”, de que trata o art. 2º da Lei 8.911/1994, restou garantida aos servidores que reuniram os requisitos para se

aposentar antes do advento da Emenda Constitucional 20, de 16 de dezembro de 1998. Isso porque, a partir da promulgação da referida norma Constitucional, ficou vedada a percepção de parcelas que superassem a última remuneração percebida na atividade. É nesse sentido o teor do art. 40, § 2º, com a redação dada pela EC 20/1998:

Art. 40 (...)

§ 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 20, de 15/12/98).

9. A vantagem denominada “opção”, ao contrário da incorporação de quintos, só é percebida por ocasião da passagem para a inatividade. Diante de tal peculiaridade e considerando o regramento constante da Constituição Federal a partir de promulgação da EC 20/1998, é irregular perceber a referida parcela caso os requisitos de inativação não tenham sido implementados até 15/12/1998.

10. Por tal característica, não houve contribuição previdenciária sobre a parcela denominada “opção” no período em que o recorrente esteve em pleno labor, já que ela não era percebida na atividade. Convém mencionar que, no regime de repartição, como é o caso do Brasil, a regra é que as contribuições dos ativos sustentam os benefícios dos inativos. Em outras palavras, a solidariedade entre os contribuintes ativos colabora para o pagamento daqueles que estão aposentados. Posteriormente, quando os ativos se aposentarem, o seu benefício será custeado por quem estiver trabalhando.

11. Portanto, a incorporação aos proventos de aposentadoria ou pensão de qualquer vantagem sem a respectiva contribuição previdenciária na ativa contraria os princípios da solidariedade, da contributividade e do equilíbrio financeiro e atuarial, todos insculpidos no *caput* do art. 40 da Constituição Federal.

12. Importa esclarecer que a nova interpretação conferida por esta Corte de Contas por meio do Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário, proferido na sessão de 10/7/2019, tem sido aplicada a partir da publicação da referida decisão para os atos que, até aquela data, não tenham sido registrados pelo TCU. Além disso, a referida decisão apenas complementa o entendimento consubstanciado no Acórdão 2.076/2005-TCU-Plenário, não sendo correto dizer que o referido *decisum* teria sido desconstituído. Nesse sentido, transcrevo as oportunas e esclarecedoras razões constantes do voto condutor do Acórdão 8.733/2020-TCU-1ª Câmara, da relatoria do Min. Benjamin Zymler, proferido na sessão de 18/8/2020:

(...)

14. Quanto ao Acórdão 1.599/2019-Plenário, também não houve a desconstituição ou se tornou insubsistente o entendimento fixado no Acórdão 2.076/2005-Plenário.

15. Houve, na verdade, a limitação da eficácia temporal do que restou decidido no Acórdão 2.076/2005-Plenário à data anterior da vigência da Emenda Constitucional 20, de 16/12/1998, haja vista a nova redação dada ao § 2º do art. 40 da CF/1988, segundo a qual: “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).

16. Considerou-se, outrossim, ser indevido o pagamento da vantagem “opção” nos proventos de aposentadoria dos servidores concedidos após a vigência da referida emenda, em virtude da pacífica jurisprudência dos tribunais no sentido de ser vedado ao servidor público carrear para os proventos da aposentadoria ou para a pensão por ele instituída vantagem remuneratória sobre a qual não incidiu contribuição previdenciária, tendo em vista a necessidade de se observar os princípios constitucionais do caráter contributivo e do equilíbrio atuarial e financeiro introduzidos no regime de previdência dos servidores públicos pela referida emenda.

17. Registre-se que essas questões trazidas com a superveniência da EC 20/1998 também não foram objeto de consideração, análise e deliberação por este Tribunal por ocasião da edição do Acórdão 2.076/2005-Plenário, que apreciou embargos de declaração opostos ao Acórdão 589/2005-Plenário, proferido em pedidos de reexame interpostos contra a Decisão 844/2001-Plenário, adotada quando da apreciação de estudos sobre a legalidade e constitucionalidade da Decisão 481/1997-Plenário, declarando a nulidade desta última e estabelecendo a legalidade da percepção da parcela denominada opção, nos casos de preenchimento dos requisitos dos arts. 193 da Lei 8.112/1990 ou 180 da Lei 1.711/1952, e definindo a forma de observância dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé nos casos de atos administrativos que se constata serem ilegais.
18. É que, muito embora o Acórdão 2.076 tenha sido proferido no ano de 2005, a referida deliberação, apreciando embargos de declaração, cumpre frisar, suprimiu vícios existentes nos acórdãos sucessivos e na própria Decisão 481/1997-Plenário, que deliberou originariamente sobre o direito ao pagamento da vantagem “opção”, e que foi adotado em data anterior à superveniência da EC 20/1988.
19. Ou seja, no mencionado Acórdão 2.076/2005 não houve debate acerca da superveniência da EC 20/1998 sob o enfoque tratado no Acórdão 1.599/2019-Plenário.
20. Da mesma forma, a jurisprudência dos tribunais no sentido de ser vedado ao servidor público carrear para os proventos da aposentadoria ou para a pensão por ele instituída vantagem remuneratória sobre a qual não incidiu a contribuição previdenciária correspondente, tendo em vista a necessidade de se observar os princípios constitucionais do caráter contributivo e do equilíbrio atuarial e financeiro introduzidos pela EC 20/1998, é bastante recente e ainda não se encontrava pacificada por ocasião do Acórdão 2.076/2005-Plenário.
21. De todo o exposto, tem-se que o entendimento preconizado no Acórdão 2.076/2005-Plenário, que assegurou o pagamento da vantagem “opção” aos servidores aposentados, não foi desconstituído ou tornado insubsistente pelos recentes Acórdãos 2.988/2018 e 1.599/2019, ambos do Plenário.
13. No que diz respeito à decisão proferida nos autos do processo 1041687-08.2019.4.01.0000, que tramitou no TRF-1ª Região, observo que a referida decisão judicial não alcança o recorrente, porquanto ele não pertence à base territorial representada pelo Sindjus/DF. Diante de tal fato, não há razão para sobrestar os presentes autos até o deslinde final dos processos judiciais mencionados.
14. Importa esclarecer que, a despeito de o ato inicial emitido com proventos proporcionais a 14/35 ter sido apreciado pela legalidade por meio do Acórdão 2.267/2006-TCU-2ª Câmara (proferido na sessão de 15/8/2006) não cabendo revisão de ofício quanto à referida decisão, o ato de alteração em análise nos presentes autos, ao pretender integralizar a concessão emitida em favor de Alexandre dos Santos Mariano, se submete a análise de legalidade com tudo que compõe a alteração, incluindo a parcela inquinada (opção). Por tal razão, consoante bem mencionou o relator *a quo*, ou se mantém o título anteriormente registrado, com proventos proporcionais a 14/35 ou se permite a integralização dos proventos com a supressão da vantagem opção, já que não há como prosperar o ato de alteração contemplando concessão integralizada e a vantagem decorrente da opção.
15. Destaco ainda que, conquanto o ato inicial tenha sido apreciado pela legalidade, o interessado não implementou nenhum dos requisitos estipulados pelo então art. 193 da Lei 8.112/1990, a exemplo dos cinco anos de exercício contínuo de cargo em comissão ou função gratificada. Menos ainda os dez anos interpolados, como seria exigido na sua situação, já que o cargo em comissão DAS 2 e a RG 2 foram exercidos de forma não contínua.
16. Por fim, importa mencionar que, em razão da já mencionada competência estabelecida a este Tribunal pelo art. 71, inciso III, da Constituição Federal, os atos de registro de pessoal somente passam a estar plenamente formados, válidos e eficazes quando recebem o registro pela Corte de Contas. Sob essa perspectiva, impõe-se reconhecer que referidos atos possuem, na origem, natureza precária, razão pela qual, até que haja o efetivo julgamento e o consequente registro pela Corte de

Contas, tais atos não gozam de definitividade, já que sem o registro não se aperfeiçoam. Por tal razão, não há mácula aos princípios da segurança jurídica, do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos.

Ante o exposto, VOTO para que seja adotada a minuta de acórdão que ora trago ao exame deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 6 de abril de 2021.

Ministro VITAL DO RÊGO
Relator

ACÓRDÃO Nº 5969/2021 – TCU – 1ª Câmara

1. Processo TC 030.769/2019-1.
2. Grupo I – Classe de Assunto: I - Pedido de reexame (Aposentadoria).
3. Recorrente: Alexandre dos Santos Mariano (659.511.587-53).
4. Órgão: Justiça Federal de Primeiro Grau - RJ.
5. Relator: Ministro Vital do Rêgo.
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).
8. Representação legal: Rudi Meira Cassel (OAB/DF 22.256) e outros.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de pedido de reexame interposto pelo Sr. Alexandre dos Santos Mariano em face do Acórdão 8.389/2020-TCU-1ª Câmara, por meio do qual esta Corte de Contas considerou ilegal o ato de aposentadoria emitido em favor do recorrente;

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo relator e com fundamento nos arts. 33 e 48 da Lei 8.443/1992, em:

- 9.1. conhecer do presente pedido de reexame para, no mérito, negar-lhe provimento;
- 9.2. encaminhar cópia desta deliberação ao recorrente e à Justiça Federal de Primeiro Grau no Rio de Janeiro.

10. Ata nº 10/2021 – 1ª Câmara.

11. Data da Sessão: 6/4/2021 – Telepresencial.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-5969-10/21-1.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Walton Alencar Rodrigues (Presidente), Benjamin Zymler, Vital do Rêgo (Relator) e Jorge Oliveira.

13.2. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
WALTON ALENCAR RODRIGUES
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
VITAL DO RÊGO
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Subprocurador-Geral