

Decisão 844/2001 - Plenário

Ementa

Decisão 481/97-TCU-Plenário. Estudos sobre sua legalidade constitucionalidade. Expressa contestação de sua validade jurídica e negativa de aplicação dos seus termos pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Considerações sobre os quintos e sobre a vantagem pecuniária da “opção”, nos termos definidos pela Decisão 481/97, bem como sobre sua conformidade material e formal com o ordenamento jurídico em vigor. Inexistência de vinculação entre os quintos e a opção. Possibilidade jurídica de percepção da “opção” apenas na hipótese de preenchimento dos requisitos do art. 193 da Lei 8.112/90 ou 180 da Lei 1.711/52, única situação em que haveria possibilidade de escolha. Ilegalidade e inconstitucionalidade da Decisão 481/97. Declaração de nulidade. A segurança jurídica e a boa-fé não geram direito adquirido à manutenção de situações e atos administrativos praticados com flagrante violação à lei. Ofensa, pela Decisão 481/97, ao §2º do art. 40 da Constituição Federal, que estabelece "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" (in verbis). Determinação de reexame de todos os processos de aposentadoria, cujos proventos foram compostos sob sua orientação. Aplicação da Súmula 106 da Jurisprudência do TCU. Comunicação aos órgãos públicos

Nome do Documento

DC-0844-44/01-P

Grupo/Classe/Colegiado

Grupo II / Classe VII / Plenário

Processo

014.277/1999-9

Natureza

Administrativo

Entidade

ÓRGÃO: Tribunal de Contas da União

UNIDADE: Consultoria-Geral

Dados Materiais

Unidade Técnica: Consultoria-Geral

Relatório do Ministro Relator

Trata-se de processo constituído para dar cumprimento à deliberação do Plenário do Tribunal de Contas da União, no sentido de determinar à

então Consultoria-Geral a elaboração de “estudos urgentes sobre a Decisão 481/97-TCU-Plenário, enfocando seus efeitos e fundamentos jurídicos e levando em consideração, também, o teor da Decisão 753/99-TCU-Plenário” (fl. 1), em virtude de problemas suscitados por ocasião da apreciação de processos em tramitação nesta Corte. Em seus estudos, a Conger citou todo o histórico da legislação pertinente, realizou a exegese das normas envolvidas e avaliou os termos das Decisões 481/97 e 753/99. Em conclusão, a própria Conger conclui no sentido da correção da Decisão 753/99 e da invalidação da Decisão 481/97.

Transcrevo o parecer da Conger, a partir do ponto em que trata do histórico da legislação, in verbis:

“3 - Histórico da legislação pertinente

3.1. A remuneração do servidor detentor de cargo efetivo e nomeado para ocupar cargo em comissão ou função comissionada sempre foi tema controverso no âmbito da Administração Pública Federal .

3.2. Até 1976 o servidor em tal situação podia optar por receber a remuneração do cargo em comissão ou função comissionada para que havia sido designado ou a remuneração de seu cargo efetivo, só que, nesta última alternativa, sem nenhum incremento financeiro.

3.3. Tal sistemática revelou-se inadequada, pois tornou-se freqüente a ocorrência de situações em que a remuneração do cargo efetivo do servidor era superior à remuneração do cargo em comissão ou da função comissionada. Com isto, o ocupação de tais cargos em comissão ou funções comissionadas tornava-se pouco atraente, já que o servidor nomeado via aumentada sua carga de responsabilidade e seu volume de atribuições sem qualquer contrapartida financeira adicional.

3.4. Para superar este inconveniente, foi editado o Decreto-lei nº 1.445/76, cujo § 2º do art. 3º facultou ao servidor optar por continuar a receber a remuneração correspondente ao exercício do cargo efetivo e, simultaneamente, uma determinada fração da remuneração do cargo em comissão, correspondente a 20% (vinte por cento) do vencimento ou salário fixado.

3.5. Posteriormente, o art. 1º do Decreto-lei nº 2.270/85 alterou a base sobre a qual incidia o percentual fixado, determinando que nela fosse incluída a Representação Mensal, além do vencimento ou salário.

3.6. O percentual de 20% (vinte por cento) também foi alterado ao longo do tempo, passando para 50% (cinquenta por cento), de acordo com o art. 10 do Decreto-lei nº 2.365/87, e em seguida para 55% (cinquenta e cinco por cento), por força do art. 4º da Lei nº 7.706/88 e, posteriormente, do art. 2º da Lei nº 8.911/94. Note-se, também, que no caso específico dos servidores do Poder Judiciário, este percentual é de 70% (setenta por cento), ante o que estipula o § 2º do art. 14 da Lei nº 9.421/96.

3.7. Em decorrência deste primeiro conjunto de normas legais, surgiu um primeiro instituto a ser considerado e um primeiro grupo de

beneficiários: a opção entre a remuneração do cargo efetivo e a remuneração do cargo em comissão ou função comissionada, assegurada aos servidores titulares de cargos efetivos enquanto estivessem no exercício da respectiva função comissionada ou cargo em comissão. Tal instituto tinha por finalidade tornar mais atraente a ocupação destes cargos ou funções, aumentando a remuneração dos servidores para eles nomeados.

3.8. A questão da remuneração de tais servidores foi também objeto de elaboração legislativa sob outros aspectos. Assim, foi editada a Lei nº 6.732/79, cujo art. 2º criou, em seu caput e em seu § 1º, a possibilidade do servidor na situação em foco incorporar, a partir do sexto ano de exercício de cargos em comissão ou função comissionada, 1/5 (um quinto) das vantagens correspondentes ao exercício daquele cargo ou função, até o limite de 5/5 (cinco quintos).

3.9. Com o correr dos anos, esse benefício teve seus critérios de aferição alterados. Primeiramente, o art. 8º da Lei nº 7.923/89 alterou a base de cálculo da vantagem. Em seguida, o § 2º do art. 62 da Lei nº 8.112/90 autorizou a incorporação de um quinto da gratificação do cargo em comissão ou função comissionada a cada ano de exercício, também até o limite de 5/5 (cinco quintos). Posteriormente, a Lei nº 8.911/94, ao regulamentar o assunto, confirmou tais critérios em seu art. 3º.

3.10. A situação foi modificada pela Medida Provisória nº 1.160, de 27/10/95, que alterou a Lei nº 8.911/94 e passou a assegurar a incorporação na proporção de 1/10 (um décimo) por ano de exercício, até o limite de 10/10 (dez décimos). Finalmente, o benefício foi extinto pela Lei nº 9.527/97, que converteu a Medida Provisória nº 1.595-14, de 11/11/97, e transformou em vantagens pessoais nominalmente identificadas as frações até então incorporadas, procedimento mais tarde confirmado pela Lei nº 9.624/98.

3.11. Deve ser salientado que os diplomas legais que disciplinaram a incorporação de parcelas da gratificação pelo exercício de cargo em comissão ou função comissionada estipularam que o pagamento das parcelas incorporadas não poderia ser feito enquanto o servidor estivesse ocupando o cargo em comissão ou função comissionada, salvo na hipótese de opção pela remuneração do cargo efetivo (§ 3º do art. 2º da Lei nº 6.732/79 e art. 4º da Lei nº 8.911/94).

3.12. Além disso, tiveram aquelas normas, em sua maioria, a preocupação em garantir que as parcelas incorporadas fossem integradas aos proventos da aposentadoria, com destaque, nesse sentido, para o art. 11 da Lei nº 8.911/94.

3.13. A forma como tais normas estavam estruturadas demonstra que sua finalidade, ao contrário da opção pela remuneração do cargo efetivo, não era promover uma elevação da retribuição paga ao servidor durante o exercício do cargo em comissão ou função comissionada, mas sim assegurar, quando de uma eventual exoneração da função ou da aposentadoria, que não houvesse queda abrupta da remuneração do

servidor que, por períodos relativamente longos, havia se acostumado a um patamar de renda mais elevado.

3.14. Configura-se, assim, um segundo conjunto de normas, destinadas originalmente a preservar a remuneração de antigos ocupantes de cargos em comissão ou funções comissionadas, que criam um segundo instituto a ser considerado e um segundo grupo específico de beneficiários: as parcelas incorporadas, denominadas quintos ou décimos, a que faziam jus os servidores que ocuparam cargos em comissão ou funções comissionadas por determinados intervalos mínimos de tempo e cujo pagamento era devido aos que se aposentavam, eram exonerados ou optavam por receber a remuneração do cargo efetivo que detinham.

3.15. Observe-se, por oportuno, que as parcelas incorporadas, apesar de não ser esta sua finalidade primordial, terminavam por representar acréscimos remuneratórios no longo prazo, na hipótese de seu beneficiário permanecer no exercício do cargo em comissão ou função comissionada e optar pela remuneração de seu cargo efetivo.

3.16. Não há, contudo, qualquer incoerência em tal situação, que, na realidade, é compatível com as normas que criaram a opção pela remuneração do cargo efetivo vista acima. Se não fosse permitido tal acréscimo remuneratório, surgiria, tão logo incorporadas todas as parcelas possíveis, o desinteresse do servidor pela permanência no cargo em comissão ou função comissionada, já que não haveria qualquer retribuição financeira adicional decorrente da nomeação para tais cargos ou funções.

3.17. É importante notar que este segundo conjunto de normas não foi pioneiro na preocupação com a preservação do patamar remuneratório dos servidores que se afastavam de cargos em comissão ou funções comissionadas depois de longos períodos de exercício.

3.18. Anteriormente, a Lei nº 1.711/52, antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União, reconhecendo a necessidade de amparar os servidores na condição descrita, estipulou em seu art. 180, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 6.732/79, que o servidor poderia aposentar-se levando para a inatividade o vencimento da função comissionada ou cargo em comissão que estivesse exercendo, desde que tal exercício tivesse ocorrido ininterruptamente durante os 5 (cinco) anos anteriores ou por um período de 10 (dez) anos intercalados.

3.19. Por sua vez, o § 2º do mesmo art. 180 definia que, na hipótese do exercício por 10 (dez) anos interpolados, seriam atribuídas as vantagens do cargo ou função de maior valor, desde que a ele correspondesse um exercício mínimo de 2 (dois) anos, ou o de valor imediatamente inferior dentre os exercidos, nos demais casos.

3.20. Esse benefício foi confirmado, com ajustes, pela Lei nº 8.112/90, que instituiu o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Cíveis da União, cujo art. 193, em seu caput e em seu § 1º, autorizava a aposentadoria com a gratificação da função ou a remuneração do cargo em comissão, cabendo destacar, ainda, a dispensa da exigência de que os 5

(cinco) anos de exercício ininterrupto tivessem ocorrido no período imediatamente anterior à aposentadoria.

3.21. Todavia, teve o § 2º do novo dispositivo o cuidado de excluir, quando de sua aplicação, as parcelas incorporadas na forma do art. 62 da mesma Lei nº 8.112/90 e as vantagens previstas no art. 192 daquele diploma legal, ressaltando o direito do servidor a optar pela situação que lhe fosse mais vantajosa.

3.22. Cabe lembrar que tal precaução também havia tido o art. 5º da Lei nº 6.732/79, ao preconizar a exclusão das vantagens previstas naquele ato normativo na hipótese de opção pelas condições estipuladas nos arts. 180 ou 184 da Lei nº 1.711/52.

3.23. Surge, assim, um terceiro instituto a ser considerado e um terceiro grupo de beneficiários: a opção pela integração da retribuição pelo exercício da função comissionada ou do cargo em comissão aos proventos de aposentadoria, conferida aos servidores que, em determinados instantes de sua vida funcional, exerceram tais cargos ou funções por certos intervalos mínimos de tempo.

3.24. É necessário frisar que o art. 193 da Lei nº 8.112/90, cuja eficácia havia sido suspensa desde a edição da Medida Provisória nº 831, de 19/01/95, foi revogado pelo § 1º do art. 15 da Lei nº 9.527/97, eliminando a possibilidade de aplicação do instituto definido naquele primeiro dispositivo legal citado.

3.25. Finalmente, deve ser lembrado que a Emenda Constitucional nº 20/98, ao conferir nova redação ao art. 40 da Lei Maior, estipulou, em seu § 2º, que os proventos de aposentadoria, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu a passagem à inatividade.

3.26. Identificados os institutos a serem analisados e esboçado breve histórico de sua evolução, é necessário passar, neste ponto, ao exame sistemático da legislação pertinente, em especial daquela que serviu de base para a Decisão nº 481/97 - TCU - Plenário, definindo-se o paradigma a ser empregado no confronto com aquele julgado.

4 - Fixação da interpretação da legislação pertinente

4.1. No tocante ao primeiro instituto observado, a opção entre a remuneração do cargo efetivo e a remuneração da função comissionada ou cargo em comissão conferida ao servidor nomeado para tais cargos ou funções, estipulam os diplomas legais mais recentes e significativos:

4.1.1. § 2º do art. 3º do Decreto-lei nº 1.445/76, com a redação dada pelo art. 1º do Decreto-lei nº 2.270/85: 'É facultado ao servidor de órgão da Administração Federal direta ou de autarquia, investido em cargo em comissão ou função de confiança integrantes do Grupo Direção e Assessoramento Superiores, optar pela retribuição de seu cargo efetivo ou emprego permanente, acrescida de 20% (vinte por cento) do vencimento ou salário fixado para o cargo em comissão ou função de confiança e sem prejuízo da percepção da correspondente Representação Mensal...'.
4.1.2. Art. 2º da Lei nº 8.911/94: '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.’

4.2. No que concerne ao segundo instituto, o das parcelas incorporadas, é importante destacar os dispositivos referentes à aquisição do direito, a seu pagamento e a sua integração aos proventos de aposentadoria:

4.2.1. quanto à aquisição do direito:

4.2.1.1. Art. 2º da Lei nº 6.732/79: ‘O funcionário que contar 6 (seis) anos completos, consecutivos ou não, de exercício em cargos ou funções enumerados nesta Lei, fará jus a ter adicionada ao vencimento do respectivo cargo efetivo, como vantagem pessoal, a importância equivalente à fração de 1/5 (um quinto):...’.

4.2.1.2. § 2º do art. 62 da Lei nº 8.112/90, em sua redação original: ‘A gratificação prevista neste artigo incorpora-se à remuneração do servidor e integra o provento da aposentadoria, na proporção de 1/5 (um quinto) por ano de exercício na função de direção, chefia ou assessoramento, até o limite de 5 (cinco) quintos.’

4.2.1.3. Art. 3º da Lei nº 8.911/94: ‘Para efeito do disposto no § 2º do art. 62 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o servidor investido em função de direção, chefia e assessoramento, ou cargo em comissão, previsto nesta Lei, incorporará à sua remuneração a importância equivalente à fração de um quinto da gratificação do cargo ou função para o qual foi designado ou nomeado, a cada doze meses de efetivo exercício, até o limite de cinco quintos.’

4.2.2. quanto ao pagamento da vantagem:

4.2.2.1. § 3º do art. 2º da Lei nº 6.732/79: ‘Enquanto exercer cargo em comissão, função de confiança ou cargo de natureza especial, o funcionário não perceberá a parcela a cuja adição fez jus, salvo no caso de opção pelo vencimento do cargo efetivo, na forma prevista no art. 3º, § 2º, do Decreto-lei nº 1.445, de 13 de fevereiro de 1976.’

4.2.2.2. Art. 4º da Lei nº 8.911/94: ‘Enquanto exercer cargo em comissão, função de direção, chefia e assessoramento, o servidor não perceberá a parcela a cuja adição fez jus, salvo no caso de opção pelo vencimento do cargo efetivo, na forma prevista no art. 2º desta Lei.’

4.2.3. quanto à incorporação aos proventos de aposentadoria:

4.2.3.1. § 2º do art. 62 da Lei nº 8.112/90, em sua redação original: ‘A gratificação prevista neste artigo incorpora-se à remuneração do servidor e integra o provento da aposentadoria, na proporção de 1/5 (um quinto) por ano de exercício na função de direção, chefia ou assessoramento, até o limite de 5 (cinco) quintos.’

4.2.3.2. Art. 11 da Lei nº 8.911/94: ‘A vantagem de que trata esta lei integra os proventos de aposentadoria e pensões’.

4.3. Quanto ao terceiro instituto, a opção pela integração do valor da gratificação da função comissionada ou do cargo em comissão aos proventos de aposentadoria, limita-se a legislação aos seguintes dispositivos:

4.3.1. Art. 180 da Lei nº 1.711/52, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 6.732/79:

‘Art. 180. O funcionário que contar tempo de serviço igual ou superior ao fixado para aposentadoria voluntária passará à inatividade:

I - com o vencimento do cargo em comissão, da função de confiança ou da função gratificada que estiver exercendo, sem interrupção, nos cinco

(5)anos anteriores;

II - com idênticas vantagens, desde que o exercício de cargos ou funções de confiança tenha compreendido um período de dez (10) anos, consecutivos ou não.

...

§ 2º. No caso do item II deste artigo, quando mais de um cargo ou função tenha sido exercido, serão atribuídas as vantagens do de maior valor, desde que lhe corresponda um exercício mínimo de dois (2) anos; fora dessa hipótese, atribuir-se-ão as vantagens do cargo ou função de valor imediatamente inferior, dentre os exercidos.

§ 3º. A aplicação do regime estabelecido neste artigo exclui as vantagens instituídas no artigo 184, salvo o direito de opção.’

4.3.2. Art. 5º da Lei nº 6.732/79: ‘Na hipótese de opção pelas vantagens dos artigos 180 ou 184 da Lei nº 1.711, de 1952, o funcionário não usufruirá do benefício previsto no art. 2º desta Lei.’

4.3.3. Art. 193 da Lei nº 8.112/90:

‘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.’

4.4. O § 2º do art. 3º do Decreto-lei nº 1.445/76 e o art. 2º da Lei nº 8.911/94 deixam clara a natureza do primeiro instituto em exame: trata-se da possibilidade de o servidor nomeado para o exercício de cargo em comissão ou função comissionada optar entre a remuneração de tal função ou cargo e a remuneração de seu cargo efetivo.

4.5. Tal possibilidade de escolha, como expressamente determinam ambos os dispositivos legais ao empregarem o termo ‘servidor investido’,

somente pode ser exercida enquanto ocorrer o exercício do cargo em comissão ou da função comissionada. Desaparece, pois, no instante em que cessa esse exercício, quer pela exoneração do cargo ou função comissionada, quer pela aposentadoria, quando se finda o exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza.

4.6. Nota-se que o objetivo do instituto não é assegurar qualquer tipo de estabilidade financeira ao ex-ocupante de cargo ou função comissionada, mas apenas assegurar que o exercício de tais cargos ou funções se torne atraente para qualquer servidor, independentemente da remuneração de seu cargo efetivo.

4.7. Deste modo, o primeiro instituto, a opção conferida ao servidor durante sua investidura em cargo ou função comissionada, quando tomado isoladamente não possui reflexos sobre os proventos de aposentadoria, posto que os dispositivos que o regulamentam não fazem qualquer referência à passagem para a inatividade.

4.8. Por sua vez, os dispositivos que regulavam as parcelas incorporadas tornam patente sua intenção de assegurar estabilidade financeira ao servidor titular de funções ou cargos comissionados por longos períodos, impedindo que o término de seu exercício, seja pela exoneração, seja pela aposentadoria, viesse a causar queda abrupta da remuneração a que havia se acostumado.

4.9. Fica nítida também a preocupação em impedir que as parcelas incorporadas impliquem de forma direta aumento de remuneração do ocupante de cargo ou função comissionada. É o que se deduz do cuidado em proibir que este benefício seja pago durante o exercício do cargo ou função.

4.10. Obviamente, o legislador percebeu que a incorporação de parcelas terminaria por gerar situação em que o servidor, independentemente do nível de remuneração original de seu cargo efetivo, terminaria tendo vantagem em abandonar o cargo ou função comissionada e retornar a seu cargo efetivo, já que neste receberia a retribuição original e o acréscimo decorrente da incorporação de parcelas, que poderia representar até 100% (cem por cento) da retribuição do cargo ou função comissionada.

4.11. Para evitar a falta de estímulo decorrente de tal situação, os mesmos diplomas que instituíram as parcelas incorporadas mantiveram a possibilidade de opção pela remuneração do cargo efetivo durante o exercício da função ou cargo em comissão.

4.12. Claro está que tal possibilidade implica, a longo prazo, eventuais aumentos de remuneração de ocupantes de cargos ou funções comissionadas. Contudo, este não é o intuito primário das parcelas incorporadas, que é assegurar alguma estabilidade financeira, mas sim um reflexo da necessidade de coordenar este desiderato primordial com o interesse público na criação de estímulos para a permanência nos cargos e funções comissionadas.

4.13. Vislumbra-se também que a regulamentação do instituto em

análise, ao tratar de sua integração aos proventos de aposentadoria, não prescreveu nada acerca do pagamento simultâneo ao inativo das retribuições devidas pelo exercício da função ou cargo em comissão.

4.14. Desta forma, igualmente tomadas de forma isolada, as parcelas incorporadas apenas asseguram ao servidor sua percepção na inatividade, sem permitir integração aos proventos de aposentadoria de outras vantagens decorrentes do exercício de cargo em comissão ou função comissionada no momento da passagem para a inatividade ou em momento anterior.

4.15. Chegou-se, assim, ao terceiro instituto, a opção pela integração da retribuição pelo exercício da função comissionada ou do cargo em comissão aos proventos de aposentadoria, conferida aos servidores que, em determinados instantes de sua vida funcional, exerceram tais cargos ou funções por certos intervalos mínimos de tempo.

4.16. Esta opção foi disciplinada primeiramente pelo art. 180 da Lei nº 1.711/52 e depois pelo art. 193 da Lei nº 8.112/90, este último finalmente revogado pelo § 1º do art. 15 da Lei nº 9.527/97, após ter tido sua eficácia suspensa desde a publicação da Medida Provisória nº 831, em 19/01/95.

4.17. Com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 6.732/79, o art. 180 da Lei nº 1.711/52, transcrito no item 4.3.1 acima, dava ao servidor que houvesse exercido funções de confiança a possibilidade de aposentar-se levando para a inatividade, desde que atendidos certos requisitos, a remuneração da função ou cargo em comissão.

4.18. Contudo, ao disciplinar a aposentadoria dos servidores detentores de cargos efetivos, o art. 184 do antigo Estatuto do Funcionário Público Civil da União criava a possibilidade de acréscimos de remuneração na passagem para a inatividade.

4.19. Diante da hipótese de existirem situações em que a aposentadoria com as vantagens estipuladas no art. 184 pudesse ser mais interessante do que a aposentadoria sob o regime criado pelo art. 180, o § 3º deste último dispositivo resguardava o direito do servidor a optar pela alternativa que lhe fosse mais favorável. Ao mesmo tempo, preconizava a impossibilidade de acumulação dos benefícios previstos em ambos os artigos.

4.20. Assim, na vigência do art. 180 da Lei nº 1.711/52, o servidor que atendessem os requisitos estipulados naquele dispositivo poderia carrear para a inatividade a retribuição pelo exercício da função comissionada ou cargo em comissão, sendo vedado apenas o pagamento cumulativo dos acréscimos previstos no art. 184 daquele diploma legal.

4.21. Deve-se atentar, entretanto, para o fato de que o art. 5º da Lei nº 6.732/79, transcrito no item 4.3.2., expressamente afastava a possibilidade de usufruto do benefício criado no art. 2º daquela Lei, ou seja, as parcelas incorporadas, na hipótese de opção pelas vantagens dos art. 180 ou 184 da Lei nº 1.711/52.

4.22. Apesar de algumas alterações de redação e de requisitos, o

art. 193 da Lei nº 8.112/90, transcrito no item 4.3.3, manteve em linhas gerais a sistemática estabelecida pelo art. 180 da Lei nº 1.711/52, vedando, inclusive, a acumulação do benefício nele previsto com as vantagens do art. 192 do atual Regime Jurídico Único, que correspondiam às do art. 184 do antigo Estatuto, e das vantagens do art. 62, que correspondiam às do art. 2º da Lei nº 6.732/79.

4.23. Tal como o dispositivo anterior, o artigo em foco, reconhecendo a existência de situações individuais distintas, conferiu novamente ao servidor o direito de opção pela alternativa que lhe fosse mais benéfica dentre aquelas previstas na legislação.

4.24. A partir desse ordenamento jurídico, é possível concluir, dada a incompatibilidade de percepção simultânea das vantagens analisadas, claramente expressa nas normas legais acima examinadas, pela existência de três alternativas para apuração dos proventos do servidor que contava com tempo de serviço para aposentadoria voluntária e que preenchia os requisitos estipulados no art. 180 da Lei nº 1.711/52 ou no art. 193 da Lei nº 8.112/90:

4.24.1. opção pelas vantagens do art. 184 da Lei nº 1.711/52 ou do art. 192 da Lei nº 8.112/90, caso em que os proventos de aposentadoria incluiriam apenas a remuneração do cargo efetivo e os acréscimos previstos naqueles dispositivos e não incluiriam qualquer parcela incorporada ou retribuição devida pelo exercício de cargo em comissão ou função comissionada;

4.24.2. opção pelas vantagens do art. 180 da Lei nº 1.711/52 ou do art. 193 da Lei nº 8.112/90, hipótese em que os proventos de aposentadoria incluiriam a retribuição devida pelo exercício do cargo em comissão ou função comissionada e não incluiriam as parcelas incorporadas e os acréscimos criados pelos arts. 184 da Lei nº 1.711/52 ou 192 da Lei nº 8.112/90;

4.24.3. opção pelas vantagens do art. 2º da Lei nº 6.732/79 ou do art. 62 da Lei nº 8.112/90, mantida e regulamentada pelo art. 3º da Lei nº 8.911/94, alternativa em que os proventos de aposentadoria incluiriam a remuneração do cargo efetivo e as parcelas incorporadas e não incluiriam a retribuição devida pelo exercício do cargo em comissão ou função comissionada e os acréscimos previstos nos arts. 184 da Lei nº 1.711/52 ou 192 da Lei nº 8.112/90.

4.25. Tais alternativas sobreviveram até suspensão da eficácia e posterior revogação dos arts. 192 e 193 da Lei nº 8.112/90 pela Lei nº 9.527/97, quando passou a existir somente a hipótese de aposentadoria com proventos correspondentes à remuneração do cargo efetivo no instante em que se deu a passagem à inatividade, que incluiria as parcelas eventualmente incorporadas, transformadas em vantagens pessoais nominalmente identificadas por aquele diploma legal, cabendo destacar que tal entendimento foi expressamente consagrado pela redação dada pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 20/98 ao § 2º do art. 40 da Constituição Federal.

4.26. É preciso lembrar, ainda, que os artigos mencionados no item anterior, embora não revogados, haviam tido sua eficácia suspensa por sucessivas Medidas Provisórias, a partir da Medida Provisória nº 831, publicada em 19/01/95, até a conversão da Medida Provisória nº 1.595-14 na Lei nº 9.527/97, que convalidou os atos praticados pelos atos normativos transitórios anteriores.

4.27. Dada essa convalidação, os dispositivos legais em foco cessaram de operar seus efeitos já a partir da edição da primeira Medida Provisória a propor sua retirada do ordenamento jurídico, razão pela qual não seria possível ao servidor, a partir daquela data, adquirir direito aos benefícios previstos nos dois comandos legais em discussão.

4.28. Diante do exposto e tendo em vista o problema definido no item 2.2, ou seja, a possibilidade de serem incorporadas aos proventos de aposentadoria de servidores públicos federais vantagens remuneratórias decorrentes de exercício de cargo em comissão ou de função comissionada, em especial aquelas previstas no art. 180 da Lei nº 1.711/52 e no art. 193 da Lei nº 8.112/90, é possível concluir que:

4.28.1. dada a legislação pertinente, não se confundem os institutos:

4.28.1.1. da opção entre a remuneração do cargo efetivo e a remuneração do cargo em comissão ou função comissionada, conferida ao servidor enquanto está no exercício de tais cargos ou funções em comissão;

4.28.1.2. das parcelas incorporadas à remuneração do cargo efetivo em razão do exercício do cargo em comissão ou função comissionada, cujo pagamento somente pode ser feito durante a investidura em tais funções ou cargos comissionados na hipótese de opção pela remuneração do cargo efetivo, opção esta correspondente ao instituto mencionado no item anterior e somente autorizada durante a investidura no cargo ou função de confiança;

4.28.1.3. da opção pela integração da retribuição pelo exercício de função comissionada ou cargo em comissão aos proventos de aposentadoria, conferida aos servidores que se aposentam e que, em determinados instantes de sua vida funcional, exerceram tais cargos ou funções por certos intervalos mínimos de tempo;

4.28.2. durante a vigência dos dispositivos legais há pouco mencionados, os proventos de aposentadoria dos servidores que contassem com tempo para aposentadoria voluntária e preenchessem os requisitos estabelecidos naquelas normas, diante de expressa vedação legal pelo § 3º do art. 180 da Lei nº 1.711/52, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 6.732/79, pelo art. 5º da mesma Lei nº 6.732/79 e pelo § 2º do art. 193 da Lei nº 8.112/90, não poderiam incluir, simultaneamente, as vantagens previstas nos arts. 2º da Lei nº 6.732/79, 62 da Lei nº 8.112/90 ou 3º da Lei nº 8.911/94, as vantagens criadas pelos art. 184 da Lei nº 1.711/52 ou 192 da Lei nº 8.112/90 ou as vantagens estabelecidas nos arts. 180 da Lei nº 1.711/52 ou 193 da Lei nº 8.112/90;

4.28.3. em decorrência de tal proibição, a apuração dos proventos dos

servidores enquadrados na situação descrita no item anterior deveria ser feita de acordo com os critérios propostos nos itens 4.24.1 a

4.24.3 anteriores, ou seja:

4.28.3.1. opção pelas vantagens do art. 184 da Lei nº 1.711/52 ou do art. 192 da Lei nº 8.112/90, caso em que os proventos de aposentadoria incluíam apenas a remuneração do cargo efetivo e os acréscimos previstos naqueles dispositivos e não incluíam qualquer parcela incorporada ou retribuição devida pelo exercício de cargo em comissão ou função comissionada;

4.28.3.2. opção pelas vantagens do art. 180 da Lei nº 1.711/52 ou do art. 193 da Lei nº 8.112/90, hipótese em que os proventos de aposentadoria incluíam a retribuição devida pelo exercício de cargo em comissão ou função comissionada e não incluíam as parcelas incorporadas e os acréscimos criados pelos arts. 184 da Lei nº 1.711/52 ou 192 da Lei nº 8.112/90;

4.28.3.3. opção pelas vantagens do art. 2º da Lei nº 6.732/79 ou do art. 62 da Lei nº 8.112/90, mantida e regulamentada pelo art. 3º da Lei nº 8.911/94, alternativa em que os proventos de aposentadoria incluíam a remuneração do cargo efetivo e as parcelas incorporadas e não incluíam a retribuição devida pelo exercício de cargo em comissão ou função comissionada e os acréscimos previstos nos arts. 184 da Lei nº 1.711/52 ou 192 da Lei nº 8.112/90;

4.28.4. com a suspensão da eficácia dos arts. 192 e 193 da Lei nº 8.112/90 por sucessivas Medidas Provisórias e a posterior revogação daqueles dois dispositivos do Regime Jurídico Único pela Lei nº 9.527/97, não é possível sua aplicação a partir da publicação da primeira Medida Provisória que propôs sua retirada do ordenamento jurídico, a de nº 831, publicada em 19/01/95;

4.28.5. em razão da impossibilidade exposta no item anterior e das alterações promovidas pela Lei nº 9.527/97 na natureza das parcelas incorporadas da remuneração de cargos em comissão e funções comissionadas, que passaram a constituir vantagem pessoal nominalmente identificada, a partir da suspensão da eficácia das normas em foco somente seria possível a aposentadoria do servidor com a remuneração a ele devida no exercício de seu cargo efetivo, acrescida das parcelas incorporadas na forma dos arts. 2º da Lei nº 6.732/79, 62 da Lei nº 8.112/90 ou 3º da Lei nº 8.911 ou das vantagens pessoais nominalmente identificadas delas oriundas.

4.29. Delineada proposta de paradigma para interpretação das normas pertinentes ao problema central definido, é preciso empreender confronto com as Decisões do Plenário nºs. 481/97 e 753/99.

5 - Exame das Decisões do Plenário nºs. 481/97 e 753/99

5.1. Como visto no item 1.2, a Decisão nº 481/97 - TCU - Plenário estipulava, em linhas gerais, que:

5.1.1. o ato de aposentadoria seria regido pela legislação vigente à época em que o servidor houvesse adquirido direito a tal benefício,

ante a proteção conferida pelo inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal;

5.1.2. o servidor aposentado antes da vigência da Lei nº 8.911/94 teria direito à opção se possuísse tempo de serviço para aposentadoria voluntária, reunisse os pressupostos temporais para a concessão das vantagens previstas no art. 180 da Lei nº 1.711/52 ou no art. 2º da Lei nº 6.732/79 e tivesse exercido cargos em comissão ou funções de confiança de mesmo nível pelo período mínimo de dois anos;

5.1.3. possuiriam direito à opção o servidor aposentado no exercício de função comissionada e o servidor titular apenas de cargo efetivo optante na atividade, sendo requisito para opção com base na função de maior valor, após a revogação do art. 193 da Lei nº 8.112/90, a incorporação anterior de pelo menos uma fração (quinto ou décimo) de função de mesmo nível;

5.1.4. o titular de função comissionada aposentado com base na Lei nº 6.732/79 que não atendesse aos requisitos estipulados no art. 193 da Lei nº 8.112/90 teria direito à opção, desde preenchidas as exigências enumeradas no item 1.2.2;

5.1.5. o servidor já aposentado que possuísse pelo menos uma fração (quinto ou décimo) incorporada da função de maior valor teria direito à opção, pois o fato de não mais estar no exercício da função em virtude da aposentadoria não restringiria tal direito;

5.1.6. o servidor que exerceu função comissionada bem antes da passagem à inatividade e possuísse direito à opção, com ela se aposentaria, desde que atendesse às exigências arroladas no item 1.2.2;

5.1.7. o aposentado com as vantagens do art. 193 da Lei nº 8.112/90 a elas continuaria tendo direito;

5.1.8. o titular de cargo em comissão aposentado com as vantagens do art. 2º da Lei nº 6.732/79 poderia perceber a opção na forma do § 3º do art. 2º daquele diploma legal ou do art. 4º da Lei nº 8.911/94.

5.2. No tocante ao primeiro ponto, a legislação a ser observada quando da apreciação de atos de aposentadoria, afigura-se pacífico na doutrina e na jurisprudência desta Corte que deve ser considerado o ordenamento vigente à época de aquisição do direito à passagem para a inatividade, sob pena de, levando-se em conta legislação posterior, poder ocorrer violação da proteção ao direito adquirido garantida pelo inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal. Não há, pois, discrepância entre este item e o paradigma definido, o mesmo ocorrendo em relação ao contido no item 5.1.7, correspondente à alínea 'g' do item 8.1 da Decisão nº 481/97.

5.3. Quanto aos demais aspectos, verifica-se que existe interpretação divergente daquela sugerida neste estudo, na medida em que não é feita adequada distinção entre os três institutos envolvidos na questão e são permitidos pagamentos conjugados de vantagens decorrentes do exercício de cargos em comissão ou funções comissionadas que a legislação pertinente não possibilitaria dentro do paradigma de exegese proposto

neste trabalho.

5.4. Note-se particularmente que, ao vincular o exercício da opção concedida no instante da aposentadoria à existência de parcelas incorporadas, a deliberação em foco baseou-se em premissas cujo fundamento no ordenamento jurídico não foi possível identificar no curso deste estudo, já que a exigência de existência de parcelas incorporadas para que a mencionada opção pudesse ser exercida não constava da legislação analisada, como visto acima.

5.5. Por sua vez, a Decisão nº 753/99 - TCU - Plenário, ao estipular que a Lei nº 9.527/97 não ampara integração do benefício previsto no § 2º do art. 14 da Lei nº 9.421/ 96 a proventos de aposentadoria de servidores do Poder Judiciário e que o art. 8º da Lei nº 8.911/94 equiparou as vantagens incorporadas com base na Lei nº 6.732/79 àquelas previstas nos arts. 3º e 10 do primeiro diploma legal mencionado, fazendo com que todas as parcelas incorporadas a título de quintos ou décimos, independentemente do regime que lhes deu origem, fossem transformadas em vantagem pessoal nominalmente identificada, não discrepa do modelo de interpretação surgido da análise empreendida nesta oportunidade.

5.6. Conclui-se, desta forma, que:

5.6.1. a Decisão nº 753/99 - TCU - Plenário, considerada nos exatos termos em que foi proferida, coaduna-se com o paradigma sugerido neste trabalho;

5.6.2. à exceção das alíneas 'a' e 'g' de seu item 8.1, a Decisão nº 481/97 - TCU - Plenário não é compatível com a exegese consignada neste estudo.

5.7. Surge, assim, a necessidade de avaliar as consequências da incompatibilidade acima exposta.

6 - Consequências da incompatibilidade entre a Decisão nº 481/97 e o paradigma sugerido

6.1. Se a interpretação proposta neste trabalho for considerada correta pelo Plenário desta Corte, a divergência entre ela e o entendimento firmado na Decisão nº 481/97 torna recomendável que aquela deliberação seja tornada sem efeito, ainda mais quando se considera que seus termos podem acarretar dispêndios para o Erário e têm sido objeto de críticas dos órgãos de pessoal do Poder Executivo.

6.2. Dada sua origem, não haveria maiores problemas na invalidação da deliberação em apreço de ofício, eis que proferida sobre uma Representação da Secretaria - Geral de Administração deste Tribunal. Trata-se, pois, de manifestação de índole essencialmente administrativa e não de pronunciamento feito no exercício das atribuições típicas do controle externo.

6.3. Tal característica propicia, caso este Tribunal venha a anuir ao paradigma de interpretação proposto, tornar sem efeito a deliberação em discussão de ofício, posto que, como ampara o Enunciado nº 473 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 'a Administração

pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos...’.

6.4. Além disso, a invalidação da Decisão em apreço não representaria violação de direitos subjetivos não só em função do que estabelece a Súmula há pouco mencionada, mas também em virtude do fato de se tratar de uma deliberação em tese, desvinculada de qualquer caso concreto, o que também impediria eventual invocação de direito adquirido.

6.5. Contudo, deve ser notado que o entendimento consagrado na Decisão nº 481/97 - TCU - Plenário serviu de base para a prática de inúmeros atos de aposentadoria e para a posterior apreciação da legalidade destes atos por esta Corte. Importante examinar, assim, a possibilidade de reexame, também de ofício, destes atos de aposentadoria já apreciados.

6.6. Inicialmente, deve-se ter em conta que, embora o TCU seja um órgão administrativo autônomo vinculado ao Poder Legislativo, como reconhece a quase totalidade da doutrina sobre a natureza jurídica da Corte de Contas, as deliberações que profere no exercício de sua competência constitucional de controle externo não podem ser consideradas meros atos de administração.

6.7. Não se pode pretender, obviamente, atribuir índole judicial às deliberações do Tribunal. Todavia, suas decisões fazem coisa julgada administrativa e somente podem ser revistas pelo Poder Judiciário, ante a proteção conferida pelo inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

6.8. Para tanto, os instrumentos utilizáveis são o mandado de segurança interposto junto ao Supremo Tribunal Federal, quando presente o pressuposto do direito líquido e certo, e a ação ordinária ajuizada na Justiça Federal de primeira instância, quando demandado o processo comum de conhecimento.

6.9. Nesta última hipótese, cabe destacar que grande parte dos doutrinadores entende que, possuindo apenas o TCU competência para exercício das competências enumeradas no art. 71 da Constituição Federal, suas deliberações acerca da regularidade dos atos que examina constituem questões prejudiciais à cognição.

6.10. Deste modo, para corrente doutrinária bastante forte, o reexame das decisões do Tribunal de Contas pelos órgãos judiciais somente poderia verificar o cumprimento do devido processo legal e eventuais lesões a direitos subjetivos, sem adentrar o mérito da deliberação sobre a regularidade ou não dos atos apreciados.

6.11. Claro está que manifestações com tais atributos, ainda que não sejam de cunho judicial, não podem ser tomadas como simples atos administrativos, o que, em princípio, afasta a possibilidade de aplicação do entendimento contido no Enunciado nº 473 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal às decisões proferidas no exercício da competência de exame da legalidade de atos de aposentadoria insculpada no inciso III do art. 71 da Constituição Federal.

6.12. Pelo mesmo motivo, fica também inviabilizada a utilização da prerrogativa contida nos arts. 53 e 54 da Lei nº 9.784/99, que ‘regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal’, onde é autorizada a anulação de atos administrativos no prazo de 5 (cinco) anos a contar de sua prática.

6.13. Poder-se-ia alegar que, possuindo competência para exercer de ofício o controle externo, o Tribunal poderia simplesmente, ainda que não anulasse as decisões por ele anteriormente proferidas, determinar o reexame dos atos analisados sem qualquer provocação.

6.14. É de ver-se, entretanto, que, estando o TCU adstrito ao princípio da legalidade no desempenho de suas atribuições, tal iniciativa somente poderia ser tomada se estivesse prevista no devido processo legal, que, no tocante ao assunto, é regulado na esfera desta Casa pela Lei nº 8.443/92 e pelo Regimento Interno, consoante preconiza o parágrafo único do art. 39 da Lei Orgânica.

6.15. Ao se consultar aqueles atos normativos, verifica-se não existir dispositivo a autorizar o reexame de ofício de atos sujeitos a registro, o que conduz à conclusão de que tal procedimento não é possível.

6.16. Além disso, ainda que fosse factível, tal iniciativa não seria proveitosa. Em primeiro lugar, esbarraria no entendimento consagrado no Enunciado nº 105 da Súmula da Jurisprudência desta Corte, que afirma que ‘a modificação posterior da jurisprudência não alcança situações constituídas à luz de critério interpretativo anterior’.

6.17. Em segundo lugar, ainda que comprovada a ilegalidade dos atos examinados, seria necessário, ante o princípio da segurança jurídica, reconhecer e amparar as situações individuais estabelecidas de boa fé ao longo do período em que foi outra a orientação do Tribunal no tocante ao assunto em pauta.

6.18. Desta maneira, assentado que não seria possível a revisão de ofício dos atos de aposentadoria já julgados sob o pálio da interpretação atualmente predominante nesta Casa a respeito da incorporação aos proventos de aposentadoria de vantagens decorrentes do exercício de funções comissionadas ou cargos em comissão, passa a ser necessário definir o critério a ser empregado na apreciação da legalidade de atos de aposentadoria praticados antes de eventual modificação da jurisprudência.

6.19. Para tanto, é oportuno consignar de forma sucinta a divergência doutrinária a respeito da natureza do registro efetuado por esta Corte.

6.20. Para alguns, o registro integra o ato de aposentadoria, que, apesar de produzir efeitos provisórios desde sua publicação, somente se torna perfeito e acabado e vê seus efeitos tornarem-se definitivos a partir do deferimento de seu registro. Tratar-se-ia, assim, de um ato complexo.

6.21. Neste caso, a implicação seria que todas as aposentadorias não examinadas pelo Tribunal ainda não seriam atos perfeitos e deveriam ser

apreciadas com base no entendimento predominante quando de sua análise por esta Casa, o que, na situação em debate, implicaria considerar ilegais os atos ainda não apreciados dissonantes de uma eventual nova jurisprudência.

6.22. Para outros, o ato de aposentadoria é ato simples, válido e eficaz a partir de sua publicação oficial, e o registro constituiria providência de natureza essencialmente declaratória da compatibilidade ou não com a lei. Esta é, aliás, a posição de Francisco Campos, para quem 'tal é a natureza da função de controle, que não integra nem completa o ato, já anteriormente acabado e perfeito'. Deste modo, a negativa de registro seria motivo para invalidação do ato de aposentadoria pela Administração que o praticou.

6.23. Nesta última alternativa, dado que os atos de aposentadoria já estariam acabados quando de sua publicação oficial, a consequência lógica seria que seu exame teria que ser efetuado com esteio na opinião prevalecente quando da divulgação oficial, posição que acarretaria, no presente caso, considerar legais todos os atos publicados até a data da eventual mudança da jurisprudência e ainda não apreciados que estivessem de acordo com o entendimento anterior.

6.24. Esta segunda opção se afigura mais adequada à situação em foco. Em primeiro lugar, manteria coerência com atitude adotada por esta Corte quando da edição da Decisão Normativa nº 22/91, que excluiu da incidência das exigências feitas pela Decisão Normativa nº 19/90 os atos de aposentadoria publicados oficialmente até a data de início de vigência daquele ato normativo.

6.25. Em segundo lugar, evitar-se-ia que atos de aposentadoria praticados na mesma data viessem, caso tivessem sua legalidade apreciada pelo TCU em épocas distintas por causa de atrasos administrativos, a ser julgados de forma diversa, o que feriria o princípio da isonomia.

6.26. Além disso, este foi o posicionamento adotado pelo Plenário após a declaração pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade dos artigos da Lei nº 8.112/90 que autorizavam a ascensão funcional e o arredondamento de tempo de serviço para aposentadoria, devendo ser lembrado também que orientação idêntica já constava dos precedentes que conduziram à edição da mencionada Súmula nº 105.

6.27. Finalmente, cabe destacar, ainda considerando a adoção do ponto de vista de que o ato de aposentadoria consuma-se com sua publicação, que os servidores que sob a égide do entendimento jurisprudencial anterior poderiam ter se aposentado e não o fizeram não poderiam, na hipótese de eventual mudança de jurisprudência, invocar pretensos direitos adquiridos ou o citado princípio da isonomia para retirarem-se para a inatividade com o mesmo tratamento dispensado aos que já haviam se afastado do serviço.

6.28. Em primeiro lugar, porque não existiria o supostamente alegado direito adquirido, já que é princípio geral a impossibilidade de

aquisição de direito em desacordo com o ordenamento jurídico, e este, sob o enfoque proposto neste estudo, não ampararia tal aquisição.

6.29. Em segundo lugar, o princípio da isonomia não pode servir de esteio para a prática de ato ilegal, cabendo lembrar que, dadas as premissas adotadas neste trabalho, os atos já apreciados ou que sejam publicados até a data de eventual mudança de jurisprudência já estariam consumados antes de seu exame pelo Tribunal e, conseqüentemente, teriam criado situações de fato que, em nome do princípio da segurança jurídica, devem ser reconhecidas.

6.30. Conclui-se a respeito das conseqüências da incompatibilidade entre a Decisão nº 481 - TCU - Plenário e o paradigma de interpretação sugerido, desta forma, que:

6.30.1. a mencionada Decisão, por ser ato de natureza eminentemente administrativa e por não gerar direitos subjetivos, eis que proferida em tese, pode ser invalidada pelo TCU, ante o que prescrevem o Enunciado nº 473 da Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e os arts. 53 e 54 da Lei nº 9.784/99;

6.30.2. por sua índole peculiar, distinta dos simples atos administrativos, as deliberações proferidas com base na Decisão mencionada no item anterior sobre atos de aposentadoria não podem ser invalidadas pelo TCU de ofício em caso de eventual mudança de jurisprudência acerca do tema tratado naquele aresto, já que tal iniciativa não está prevista na Lei Orgânica e no Regimento Interno, que regulam o devido processo legal, e não se coaduna com o entendimento consagrado no Enunciado nº 105 da Súmula da Jurisprudência desta Corte e com o princípio da segurança jurídica;

6.30.3. dada a natureza dos atos de aposentadoria e de registro assumida como premissas na presente análise, o teor do citado Enunciado nº 105 da Súmula da Jurisprudência do TCU e a orientação adotada pelo Plenário no exame de atos de aposentadoria após a declaração pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 8.112/90 que autorizavam a ascensão funcional e o arredondamento de tempo de serviço para aposentadoria, eventual nova jurisprudência baseada nas conclusões deste estudo somente se aplicaria a atos de aposentadoria publicados oficialmente a partir da data de publicação da deliberação que modificar o entendimento jurisprudencial, não sendo possível invocar direito adquirido ou o princípio da isonomia para pleitear manutenção da orientação anterior.

7 - Conclusões finais

Encerrada a análise determinada pelo Plenário, encaminha-se o presente feito à Presidência, para inclusão em pauta para sorteio de Relator, submetendo-se à consideração superior as seguintes conclusões:

1 - dada a legislação pertinente, não se confundem os institutos:

1.1. da opção entre a remuneração do cargo efetivo e a remuneração do cargo em comissão ou função comissionada, conferida ao servidor enquanto está no exercício de tais cargos ou funções em comissão;

1.2. das parcelas incorporadas à remuneração do cargo efetivo em razão do exercício do cargo em comissão ou função comissionada, cujo pagamento somente pode ser feito durante a investidura em tais funções ou cargos comissionados na hipótese de opção pela remuneração do cargo efetivo, opção esta correspondente ao instituto mencionado no item anterior e somente autorizada durante a investidura no cargo ou função de confiança;

1.3. da opção pela integração da retribuição pelo exercício de função comissionada ou cargo em comissão aos proventos de aposentadoria, conferida aos servidores que se aposentaram e que, em determinados instantes de sua vida funcional, exerceram tais cargos ou funções por certos intervalos mínimos de tempo;

2 - durante a vigência dos arts. 180 da Lei nº 1.711/52 e 193 da Lei nº 8.112/90, os proventos de aposentadoria dos servidores que contassem com tempo para aposentadoria voluntária e preenchessem os requisitos estabelecidos naquelas normas, diante de expressa vedação legal pelo § 3º do art. 180 da Lei nº 1.711/52, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 6.732/79, pelo art. 5º da mesma Lei nº 6.732/79 e pelo § 2º do art. 193 da Lei nº 8.112/90, não poderiam incluir, simultaneamente, as vantagens previstas nos arts. 2º da Lei nº 6.732/79, 62 da Lei nº 8.112/90 ou 3º da Lei nº 8.911/94, as vantagens criadas pelos art. 184 da Lei nº 1.711/52 ou 192 da Lei nº 8.112/90 ou as vantagens estabelecidas nos arts. 180 da Lei nº 1.711/52 ou 193 da Lei nº 8.112/90;

3 - em decorrência de tal proibição de acumulação, a apuração dos proventos dos servidores enquadrados na situação descrita no item anterior deveria ser feita de acordo com os seguintes critérios:

3.1. opção pelas vantagens do art. 184 da Lei nº 1.711/52 ou do art. 192 da Lei nº 8.112/90, caso em que os proventos de aposentadoria incluiriam apenas a remuneração do cargo efetivo e os acréscimos previstos naqueles dispositivos e não incluiriam qualquer parcela incorporada ou retribuição devida pelo exercício de cargo em comissão ou função comissionada;

3.2. opção pelas vantagens do art. 180 da Lei nº 1.711/52 ou do art. 193 da Lei nº 8.112/90, hipótese em que os proventos de aposentadoria incluiriam a retribuição devida pelo exercício de cargo em comissão ou função comissionada e não incluiriam as parcelas incorporadas e os acréscimos criados pelos arts. 184 da Lei nº 1.711/52 ou 192 da Lei nº 8.112/90;

3.3. opção pelas vantagens do art. 2º da Lei nº 6.732/79 ou do art. 62 da Lei nº 8.112/90, mantida e regulamentada pelo art. 3º da Lei nº 8.911/94, alternativa em que os proventos de aposentadoria incluiriam a remuneração do cargo efetivo e as parcelas incorporadas e não incluiriam a retribuição devida pelo exercício de cargo em comissão ou função comissionada e os acréscimos previstos nos arts. 184 da Lei nº 1.711/52 ou 192 da Lei nº 8.112/90;

- 4 - com a suspensão da eficácia dos arts. 192 e 193 da Lei nº 8.112/90 por sucessivas Medidas Provisórias e a posterior revogação daqueles dois dispositivos do Regime Jurídico Único pela Lei nº 9.527/97, não é possível sua aplicação a partir da publicação da primeira Medida Provisória que propôs sua retirada do ordenamento jurídico, a de nº 831, publicada em 19.01.95;
- 5 - em razão da impossibilidade exposta no item anterior e das alterações promovidas pela Lei nº 9.527/97 na natureza das parcelas incorporadas da remuneração de cargos em comissão e funções comissionadas, que passaram a constituir vantagem pessoal nominalmente identificada, a partir da suspensão da eficácia das normas em foco somente seria possível a aposentadoria do servidor com a remuneração a ele devida no exercício de seu cargo efetivo, acrescida das parcelas incorporadas na forma dos arts. 2º da Lei nº 6.732/79, 62 da Lei nº 8.112/90 ou 3º da Lei nº 8.911/94 ou das vantagens pessoais nominalmente identificadas delas oriundas;
- 6 - a Decisão nº 753/99 - TCU - Plenário, nos exatos termos em que foi proferida, não discrepa das conclusões obtidas neste trabalho;
- 7 - à exceção das alíneas 'a' e 'g' de seu item 8.1, a Decisão nº 481/97 - TCU - Plenário não é compatível com a exegese consignada neste estudo;
- 8 - a Decisão nº 481/97 - TCU - Plenário, por ser ato de natureza eminentemente administrativa e por não gerar direitos subjetivos, eis que proferida em tese, pode ser invalidada pelo TCU, ante o que prescrevem o Enunciado nº 473 da Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e os arts. 53 e 54 da Lei nº 9.784/99;
- 9 - por sua índole peculiar, distinta dos simples atos administrativos, as deliberações proferidas com base na Decisão mencionada no item anterior sobre atos de aposentadoria não podem ser invalidadas pelo TCU de ofício em caso de eventual mudança de jurisprudência acerca do tema tratado naquele aresto, já que tal iniciativa não está prevista na Lei Orgânica e no Regimento Interno, que regulam o devido processo legal, e não se coaduna com o entendimento consagrado no Enunciado nº 105 da Súmula da Jurisprudência desta Corte e com o princípio da segurança jurídica;
- 10 - dadas as naturezas do ato de aposentadoria e de registro assumidas como premissas na presente análise, o teor do citado Enunciado nº 105 da Súmula da Jurisprudência do TCU e a orientação adotada pelo Plenário no exame de atos de aposentadoria após a declaração pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 8.112/90 que autorizavam a ascensão funcional e o arredondamento de tempo de serviço para aposentadoria, eventual nova jurisprudência baseada nas conclusões deste estudo somente se aplicaria a atos de aposentadoria publicados oficialmente a partir da data de publicação da deliberação que modificar o entendimento jurisprudencial, não sendo possível invocar direito adquirido ou o princípio da isonomia para

pleitear manutenção da orientação anterior.”
É o relatório.

Voto do Ministro Relator

Pediria vênias ao Plenário para, nesta oportunidade, mais uma vez, trazer à deliberação os termos da proposta de invalidação da Decisão nº 481/97.

Em dois processos anteriores, apreciados por este Tribunal, dentre os quais um de minha relatoria, foi expressamente deliberado tangenciar a questão da legalidade da Decisão 481/97, sem apreciar-lhe o mérito, que tornaria imperioso o exame de sua conformidade formal e material com o ordenamento jurídico em vigor.

Oficiei, inicialmente, nos autos do processo TC-925.588/1998-9, referente à consulta formulada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, na condição de Procurador-Geral do Ministério Público junto a esta Corte, e emiti parecer a pugnar pela declaração de nulidade da Decisão 481/97, por afronta aos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade e de toda a legislação infra-constitucional em vigor. A Decisão 481/97 está agora também a violar o §2º do art. 40 da Constituição Federal, como a final demonstrarei.

Dada a similitude de ambas as hipóteses, transcrevo, na íntegra, o parecer proferido naquela oportunidade, in verbis:

"Trata-se de consulta formulada pelo Excelentíssimo Sr.

Ministro-Presidente do Superior Tribunal de Justiça, consistente nas seguintes questões:

‘01.Tendo em vista a expressa revogação do art. 193 da Lei nº 8.112/90, pela Lei nº 9.527/97 (§ 1º do art. 15), e o disposto nos arts. 14 (§ 2º), 15 e 16 da Lei nº 9.421/96, pergunta-se se ainda é permitido aos servidores do Poder Judiciário de União, que completarem tempo para inativação, carregarem para os proventos de aposentadoria a vantagem de que tratam os referidos dispositivos legais. Caso afirmativo, deve-se exigir requisito temporal? De que forma?

02. Com a edição da Lei nº 9.527/97, que transformou os quintos em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada, a partir de 11.11.97, a Decisão nº 481/97-TCU-Plenário, que autorizou o servidor a carrear para a inativação a parcela da FC denominada ‘Opção- 70%’, quando o mesmo já tenha incorporado, no mínimo, um quinto ou décimo, perdeu seu objeto ou continua em vigor?

03. Como a Lei nº9.527/97, no seu artigo 15, somente transformou os quintos incorporados com base nos artigos 3º e 10, da Lei nº 8.911/94, pode-se inferir que os quintos de que trata o artigo 8º, dessa lei, não foram transformados em VPNI, continuando atendido o requisito estabelecido pela Decisão nº 481/97-TCU-Plenário para aposentadoria com opção pela remuneração do cargo efetivo, acrescida de 70% do valor-base da FC?’

A presente consulta está instruída com parecer do Assessor Especial

daquela Corte Superior (fls.6/10) e preenche todos os demais requisitos exigidos pelo art. 216 do Regimento Interno, podendo, portanto, ser conhecida.

II

A questão de fundo das três indagações da autoridade consulente refere-se ao instituto da opção, que ganhou relevância pecuniária com o Decreto-lei 1.445, de 13.2.76, ao permitir que o servidor da administração federal direta ou autárquica, investido em cargo de confiança (lato sensu), optasse pela remuneração de seu cargo efetivo, acrescido de percentual da remuneração do cargo de confiança, cujo índice e forma de cálculo variou ao longo do tempo por meio de alterações legislativas, começando por 20 %.

Antes do Decreto-lei 1.445/76, o servidor detentor de vínculo efetivo, ao ser nomeado para cargo de confiança, podia optar pela remuneração do cargo de confiança ou pela do cargo efetivo, mas sem acréscimo nenhum. Ocorriam, entretanto, situações em que a remuneração do servidor no cargo efetivo era superior a do cargo em confiança, razão pela qual muitos declinavam do cargo de confiança, mais exigente nos seus atributos de responsabilidade, frustrando os que pretendiam contar com esses servidores em sua equipe dirigente ou de assessoria.

O advento do Decreto-lei 1.445/76 propiciou, então, a concessão de justa vantagem financeira aos que estavam em tal situação, para que o exercício do cargo de confiança passasse a ser interessante também do ponto de vista econômico, retribuindo, adequadamente, o maior grau de responsabilidade do cargo assumido.

Vê-se, então, que a opção nada tinha que ver com a vantagem denominada quintos, criada posteriormente, nem era a vantagem financeira em si, mas o ato de escolha, conferido ao servidor, entre duas situações remuneratórias igualmente possíveis, ficando a seu critério decidir pela que lhe fosse mais vantajosa.

Verificou-se que, por força do hábito, o jargão burocrático passou a chamar opção não só o ato de escolha do servidor, como também a própria parcela de acréscimo remuneratório decorrente da opção pelo cargo efetivo.

Opção, em sua essência, portanto, nada mais é que a possibilidade de escolha entre duas situações juridicamente possíveis. Onde não há mais de uma situação juridicamente possível, não há que falar em opção, pela simples razão de que não há pelo que se optar. Se há apenas uma possibilidade, não há margem para escolha. Quando a escolha é possível, passou-se a chamar opção também o plus financeiro dela decorrente.

À época em que criada a opção, vigia a Lei 1.711/52, então Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União. Neste diploma jurídico, consignava-se ao servidor que se aposentasse a vantagem constante do artigo 180, que lhe reconhecia o direito de levar para a inatividade o cargo de confiança que houvesse exercido por cinco anos consecutivos ou dez interpolados. Se nesse período se computassem cargos de níveis

variados, poderia o servidor aposentar-se com o de maior remuneração, desde que exercido por pelo menos dois anos. Em caso contrário, a aposentação se daria com o cargo de 2ª maior remuneração (§1º do art. 180 da Lei 1.711/52).

Até então, esse era o único meio possível de estabilidade financeira para os servidores estatutários que houvessem por largo tempo laborado em cargos de confiança. A vantagem - frise-se - pretendia, unicamente, prevenir o servidor de perda de remuneração quando passava da atividade, em que estava investido em cargo de confiança, para a inatividade, quando forçosamente deixa o cargo de confiança, de natureza sempre transitória. A vantagem premiava, merecidamente, o servidor que preenchesse os requisitos legais com a possibilidade de, na inatividade, permanecer com situação jurídico-financeira idêntica a que tinha na atividade, como exercente de cargo em comissão.

A opção pelo cargo efetivo, com acréscimo remuneratório, todavia, tal como instituída pelo Decreto 1.445/76, era facultada apenas aos servidores em atividade. A opção na inatividade não permitia acréscimo, porquanto, na inatividade, como é lógico, não está o servidor investido em cargo algum. Em tal sistema, privilegiava-se o servidor investido em cargo em comissão, que permanecia em atividade.

Tal distinção, entretanto, levou à construção jurisprudencial de que o acréscimo devido ao servidor optante pelo cargo efetivo na atividade também o era na inatividade, desde que houvesse implementado a vantagem do artigo 180 da Lei 1.711/52. Note-se bem que para se falar em opção pelo cargo efetivo, mister a possibilidade de outra situação. Onde não há escolha, não há falar em opção.

Dessa forma, continuava o servidor assim aposentado com duas situações possíveis: ou recebia a remuneração do cargo de confiança mediante o qual adquirira a vantagem, acrescida tão-só do adicional de tempo de serviço, ou percebia a remuneração do cargo efetivo com um plus percentual calculado sobre o valor do cargo de confiança, tal e qual sucederia se na atividade estivesse.

Esse regime de estabilidade financeira apresentava, todavia, grave incongruência: protegia apenas os servidores que passavam à inatividade. Os servidores em atividade, que tivessem preenchido os requisitos temporais do artigo 180 da Lei 1.711/52, só poderiam contar com tal benefício quando se aposentassem. Se deixavam um cargo de confiança, entretanto, após longos anos de exercício, e permaneciam em atividade, regressavam à situação de origem, com a remuneração do cargo efetivo e nada mais. Não havia por que se cogitar aí de opção, visto que não havia situações a serem escolhidas.

Tal situação findava por favorecer os servidores que se retiravam da atividade, em detrimento dos que permaneciam no labor, em completa inversão de valores, razão por que veio, essa deficiência normativa, a ser sanada com a Lei 6.732/79, que instituiu a vantagem denominada quintos.

Os quintos se incorporavam à remuneração do cargo efetivo do servidor investido em cargo de confiança à razão de 1/5 (um quinto) do valor do cargo de confiança a cada ano de seu exercício, a partir do sexto ano. Assim, para incorporar a primeira parcela de 20% da remuneração do cargo de confiança (um quinto) o servidor precisava contar com seis anos de exercício em cargos dessa natureza, integralizando a vantagem (cinco quintos) ao final de dez anos.

Desse modo, ainda que com requisitos diferenciados, o legislador conferiu aos servidores públicos do regime estatutário modalidade de estabilidade financeira que poderia ser usufruída em atividade. Cuidadoso, o legislador deixou expresso que a percepção de tal vantagem só poderia ocorrer quando o servidor não estivesse investido em cargo de confiança (§3º do art. 2º da Lei 6.732/79). Ressaltou, contudo, a hipótese de opção do servidor pela remuneração do cargo efetivo, fazendo expressa remissão ao §2º do art. 3º do Decreto 1.445/76, de sorte que o servidor optante pela remuneração do cargo efetivo estava legalmente autorizado a perceber os quintos desde logo os incorporasse, com o acréscimo pecuniário (opção) relativo à função que naquele momento estivesse exercendo.

Se, por hipótese, um servidor exercesse por oito anos cargo de nível DAS 3, e em razão disso incorporasse 3/5 (três quintos) de DAS 3 à remuneração de seu cargo efetivo, e fosse nomeado em seguida para exercer outro cargo, este de nível DAS 4, tal servidor, se optante pela remuneração do cargo efetivo, receberia os três quintos de DAS 3 mais a parcela intitulada opção, a ser calculada com base no cargo DAS 4, então exercido, o que demonstra inequivocamente que a instituição dos quintos não alterou a natureza jurídica do instituto da opção, que lhe preexistia.

A opção continuava a ser exatamente o que era: acréscimo devido ao servidor investido em cargo de confiança, na hipótese de haver optado pela remuneração do cargo efetivo, sendo-lhe indiferente se nessa remuneração figura um ou mais quintos incorporados. Se exonerado o servidor do cargo de confiança, integrariam sua remuneração (do cargo efetivo, naturalmente) os quintos incorporados, mas não a parcela opção, porque situações a escolher já não haveria.

Não havendo interferência da vantagem quintos na parcela opção, esta só se manifestaria na inatividade se presente a possibilidade de escolha entre duas situações financeiras juridicamente possíveis. Isso só ocorria se o servidor tivesse implementado as condições para fazer jus à vantagem do artigo 180 da Lei 1.711/52, posteriormente art. 193 da Lei 8.112/90, independentemente de haver ou não incorporado quintos aos seus vencimentos.

Contudo, por meio de seguidas interpretações e deliberações dos órgãos da administração federal e da E. Corte de Contas, sempre no sentido progressivo de beneficiar os servidores públicos em geral, a parcela opção passou a receber tratamento totalmente discrepante de sua

natureza jurídica original, em relação aos servidores aposentados.

A parcela opção, que, como demonstrado, era absolutamente independente da vantagem quintos, passou a ser entendida como absolutamente vinculada a ela, somente para os servidores aposentados, de tal sorte que a Decisão 481/97 do E. Plenário estabeleceu que bastava ao servidor haver incorporado um quinto ou décimo (conforme o regime de incorporação estabelecido pelas diversas Medidas Provisórias que cuidaram do assunto) para fazer jus a que, em seus proventos de aposentadoria, figurasse uma parcela denominada opção, consistente em percentual incidente sobre a função que deu origem ao quinto ou décimo de maior valor por ele incorporado, mesmo não havendo implementado os requisitos para a vantagem do art. 180 da Lei 1.711/92, posteriormente art. 193 da 8.112/90.

Neste sentido, segundo estabelecido pelo Tribunal de Contas da União, mesmo não existindo situações financeiras entre as quais optar, o servidor aposentado que tenha quintos é aquinhoadado com a parcela denominada opção.

No relatório e voto que fundamentaram a Decisão 481/97 - Plenário, discutiu-se o Ato 148/94 do Senhor Diretor-Geral do Senado Federal que, ao aplicar Resolução 74/94 daquela Casa do Congresso Nacional, considerava, no art. 1º, II, como optante pela remuneração do cargo efetivo, independentemente de manifestação do interessado e desde que a opção lhe fosse mais vantajosa, o servidor aposentado que satisfizesse o requisito previsto no art. 193 da Lei 8.112/90.

O ato do Congresso Nacional estava juridicamente perfeito, consentâneo com as características próprias de cada instituto, opção e quintos, independentes entre si. Evidente que a opção na aposentadoria só poderia ser deferida aos que houvessem adquirido a vantagem do artigo 193 da Lei 8.112/90, porque só esses, na inatividade, é que teriam situações jurídico-financeiras entre as quais optar: ou a remuneração do cargo efetivo (com ou sem quintos, não importa) mais o acréscimo decorrente da opção, ou a remuneração do cargo de confiança, assegurada pelo art. 193 da Lei 8.112/90. Opção onde não há possibilidade de escolha é aberração lógica e jurídica.

Desafortunadamente, essa série de entendimentos e interpretações, por demasiado largas, verdadeira criação legislativa não autorizada, findou por desnaturar por completo não só a vantagem quintos, como também a opção, desfigurando os institutos, violentando suas naturezas ontológicas, desconhecendo a razão pela qual foram criadas.

Assim, como se procurou demonstrar, o novo regime criado por tal seqüência de deliberações, cujo ápice se deu com a Decisão 481/97 - Plenário, acarretou diversas distorções, que estão a seguir sintetizadas:

- Em primeiro lugar, o servidor passou a ter direito à opção ainda que não houvesse situações entre as quais optar. A parcela passou a ser ditada somente pela incorporação de um quinto ou décimo, como se a ele

estivesse vinculada, como se fosse 'parte integrante', como disse, aliás, o voto que fundamentou a Decisão 481/97 - Plenário.

- Em segundo lugar, desnaturaram-se os quintos ou décimos, com exacerbação injustificada da estabilidade financeira que visavam conferir. Em termos práticos, o servidor passou a incorporar até 70% a mais da função do que teria direito pelo regime original de estabilidade financeira. Um servidor que fez jus apenas a um décimo incorporado (10% da função), na prática, tem incorporado na inatividade 80% (10% do décimo mais 70% da opção) da remuneração do cargo, se servidor do Poder Judiciário, ou 65% do valor da função (10% do décimo mais 55% da opção), se servidor dos demais poderes. Com essa sistemática, o servidor com cinco quintos incorporados (100% da função, estabilidade financeira plena), recebe, na prática, até 170% (100% dos quintos ou décimos mais 70% da opção no Poder Judiciário) da função, isto é, a estabilidade financeira obtida ultrapassa em muito o valor que deveria ser estabilizado.

- Em terceiro lugar, o servidor da inatividade passou a ter remuneração superior ao servidor da atividade, pois a este não se reconheceu o direito a essa peculiar e original opção, que independe da existência de situações alternativas. Tal distinção implicou evidente violação da lógica do sistema constitucional, então vigente, de aposentadoria com proventos integrais, que estabelecia ao servidor aposentado remuneração idêntica ao da ativa.

Note-se bem, o servidor em atividade, com um ou todos os quintos incorporados, que não estivesse investido em função comissionada, não receberia, como não recebe, em sua remuneração a parcela denominada opção. Se esse mesmo servidor requeresse aposentadoria, sua remuneração seria acrescida da parcela opção, cujo percentual incidiria sobre o valor da função que deu origem ao quinto ou décimo de maior valor, o que, para além de quaisquer ponderações, se mostra de todo desarrazoado.

Verdadeira inversão de valores admitir ao servidor que se aposenta remuneração maior que a devida ao servidor em atividade. Trata-se de conferir maior valor ao ócio que ao trabalho, iniquidade que a Constituição Federal não chancela.

III

Nesse contexto, a consulta apresentada pelo Exmº Sr. Presidente do Superior Tribunal de Justiça é sobremodo oportuna, porque dá ensejo a que o Tribunal rediscuta esse tão relevante tema, que de outro modo poderia quedar relegado a segundo plano, à sombra de uma percepção incondizente com o interesse público.

Pelas razões expostas, entende o Ministério Público que a Decisão 481/97 - Plenário deve ser revogada, como mero ato administrativo que é, em razão das incongruências que ostenta.

As naturezas jurídicas dos institutos da opção e dos quintos reclamam nova e urgente apreciação. A propósito, esta proposição não constitui

nenhuma modalidade de recurso prevista na Lei 8.443/92 ou no Regimento Interno do TCU, dado que a Decisão 481/97 - Plenário constitui mero ato administrativo adotado de forma colegiada pelo Plenário do TCU, em nada se confundindo com as decisões adotadas em processos relativos ao exercício da jurisdição especial do TCU, estas marcadas pelo caráter de definitividade, só podendo ser modificadas mediante o recurso apropriado, interposto a tempo e a modo, segundo a Lei 8.443/92 e o Regimento Interno da Casa.

Como ato administrativo viciado de inconstitucionalidade e ilegalidade, a Decisão 481/97 pode ser declarada nula a qualquer tempo, podendo essa questão ser decidida em conjunto com a resposta a ser dada a essa consulta, em face do caráter genérico de que se reveste a orientação contida na decisão, de alcance para toda a Administração Pública. Requer, portanto, o Ministério Público a declaração de nulidade da Decisão 481/97 - Plenário, com o conseqüente reexame dos proventos de aposentadoria, compostos sob sua orientação, o que implica a exclusão da parcela opção derivada exclusivamente da vantagem quintos ou décimos.

IV

Assentes a verdadeira natureza jurídica dos institutos quintos e opção e a natureza teratológica do regime inaugurado pela Decisão 481/97 - Plenário, cumpre responder às indagações formuladas pelo Exm.º Senhor Ministro-Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

A primeira questão admite uma única resposta, de resto idêntica à sistemática adotada pelo Senado Federal, por meio do Ato 148, segundo a qual apenas os servidores que, antes da revogação do artigo 193 da Lei 8.112/90, haviam implementado as condições para aquisição da vantagem ali prevista, levarão para a inatividade a possibilidade de escolha entre duas situações remuneratórias: a do cargo efetivo ou a do cargo incorporado, em conformidade com o artigo 193 da Lei 8.112/90. Para todos os demais servidores, não há falar em parcela de opção a ser carregada para os proventos de aposentadoria, pela óbvia razão de que esses servidores não terão situações jurídico-financeiras entre as quais optar.

A resposta à segunda questão também não oferece maiores dificuldades. A Decisão 481/97 - Plenário estabeleceu regime normativo derivado de interpretação contra legem, razão pela qual deve ser revogada, com total perda não só de objeto, como de validade de suas conclusões, desde quando prolatada.

A terceira indagação também merece resposta negativa. Houve revogação geral do regime de incorporação de quintos, sendo absolutamente infundado inferir que os quintos a que se referia o artigo 8º da Lei 8.911/94 manteriam seu regime jurídico anterior. O artigo mencionado apenas tratou de incorporar dentro de um só regime jurídico, o da Lei 8.911/94, os quintos obtidos no regime anterior, da Lei 6.732/79, igualando-os aos que viessem a ser auferidos na forma dos artigos 3º e

10 da Lei 8.911/94. Todas as parcelas incorporadas a título de quintos ou décimos, independentemente do regime original em que foram incorporadas, foram transformadas em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI.

Como já se disse, por sua natureza ontológica, a parcela opção na inatividade só permanece para os servidores que ainda dispõem ou poderão dispor de escolha entre duas situações jurídicas possíveis, o que só ocorre se o servidor tiver implementado as condições para aquisição da vantagem do artigo 180 da Lei 1.711/52 ou art. 193 da Lei 8.112/90

Por fim, vale salientar que a questão ora apreciada é oportuna e muito relevante, porquanto essas vantagens, à medida em que foram deformadas, passaram a representar ônus insuportável para o Erário, motivo determinante de sua extinção. Por conta disso, extinguíram-se os quintos, não cabendo aos intérpretes e aplicadores da lei pretender eternizar vantagens inequivocamente suprimidas pelo legislador. Aliás, o excesso de liberalismo dos intérpretes no deferimento de vantagens pecuniárias talvez já muito liberais é que resultou na inviabilidade financeira da manutenção de benefícios inequivocamente justos. A manutenção da estabilidade financeira dos que dedicaram e dedicam longos anos de sua atividade profissional pública no exercício de cargos de elevada responsabilidade, extremamente exigentes e em regime de dedicação exclusiva sempre foi medida da mais absoluta justiça.

A interpretação excessivamente liberal de normas estatutárias em moldes artificialmente favoráveis aos servidores redundou, em curto prazo, na situação o mais possível desfavorável, consistente na atual ausência de mecanismo legal de proteção aos que doravante assumirão os cargos de confiança, com a mesma responsabilidade e dedicação dos que lhes antecederam, configurando situação absolutamente incompatível com os padrões de justiça que se intenta, a todo o tempo, ver prevalecer."

Como visto, são estes os termos do parecer que exarei nos autos do processo de consulta, formulada pelo Ministro Pádua Ribeiro, então Presidente do E. Superior Tribunal de Justiça, em vista das perplexidades jurídicas que enfrentava, em face das multifacetárias exigências, pleitos e interesses, de ordem financeira, de seu pessoal administrativo, os quais faço integrar, por inteiro, ao voto que ora prolatou, já que absolutamente idêntico o pano de fundo de ambos os processos.

Entendeu, então, o nobre Relator do processo de consulta, com o endosso do Plenário, que a resposta deveria ater-se aos limites já definidos pelas questões apresentadas pelo órgão, sem nem ao menos adentrar na questão suscitada, acerca do fundamento jurídico de validade da própria Decisão 481/97.

Na ocasião, prolatou o Plenário a Decisão 753/99, também objeto dos estudos da Conger.

Posteriormente, nos autos do processo 001.094/1998-0, relativo à denúncia de sindicato, da qual fui Relator, defendi, mais uma vez, fosse declarada a nulidade da Decisão 481/97, de natureza tipicamente administrativa, por criar direito novo, causador de despesa, sem fundamento legal. Entendeu o Plenário, todavia, que a Denúncia não preenchia os requisitos de admissibilidade, razão pela qual também preferiu não enfrentar o exame do mérito do processo, nos termos propugnados.

Na sessão de 24 de novembro de 1999, trouxe ao Plenário, por determinação da Primeira Câmara, o processo TC-853.047/1997-9, no qual há proposta da 2ª SECEX, no sentido de que esta Corte determine ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a imediata inclusão, nos proventos de aposentadoria de servidor daquele Ministério, da vantagem denominada opção, nos exatos termos em que traçada na Decisão 481/97 do TCU.

Em vez de desde logo deliberar sobre a questão, decidiu o Plenário sobrestar a apreciação de todos os processos correlatos até a conclusão dos estudos da Conger, estabelecendo o prazo de até 1º de dezembro para tanto.

No exame do processo TC-853.047/1997-9, ante a negativa de aplicação da Decisão 481/97 pelo Ministério, ressaltei o fato de que o exame dos casos concretos de aposentadoria impõe a esta Corte volver novamente a sua atenção para a validade da Decisão 481/97, cuja fundamental importância deriva não só da magnitude dos encargos financeiros que ela impôs ao Erário, mas também de suas implicações sobre os direitos e expectativas de largos contingentes do funcionalismo público federal. Entendo que, se correta a asserção de que todos os funcionários têm os direitos definidos pelas mesmas normas jurídicas, sobretudo quanto às vantagens dos quintos e da "opção", não se justifica, absolutamente, que os servidores do Legislativo e do Judiciário percebam os direitos financeiros outorgados pelo TCU na Decisão 481/97, e os servidores do Poder Executivo, não os recebam, como ora está a ocorrer.

Na sessão de 20 de janeiro do ano passado, trouxe este processo ao exame do Plenário. Na ocasião, o Ministro Adhemar Ghisi, hoje aposentado, pediu vista dos autos, antes de iniciada a discussão e votação da matéria, devolvendo-os somente no dia 13 de novembro passado. Pautei a matéria para outras sessões e a retirei em vista das solicitações havidas para melhor discussão e estudo.

Alguns segmentos do Poder Executivo, incluído o próprio Ministério do Planejamento, não reconheceram validade à Decisão 481/97, com espreque na sua evidente ilegalidade. A propósito, a recente edição da Orientação Normativa nº 10, de 1º de outubro de 1999, publicada no Diário Oficial da União de 4.10.99, proclama “não encontrar a citada Decisão respaldo legal no ordenamento jurídico”.

Esta lamentável situação de fato não deve ser, simplesmente, desconsiderada, pelo Tribunal, tal qual não existisse, pois configura

ofensa à unicidade do ordenamento jurídico e à alta correção e eficácia do Tribunal na defesa do regime de legalidade e do Erário.

Em razão do entendimento adotado por órgãos do Poder Executivo, defronta-se esta Corte com situação exigente de pronta definição, uma vez que milhares de atos de aposentadoria tem sido editados e aprovados com radical divergência entre si. Os provenientes de órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo aduzem a vantagem da opção, na forma delineada na Decisão 481/97; os provenientes do Poder Executivo ora expressamente repudiam por ilegalidade a referida vantagem, ora a adotam, na íntegra.

Como Relator do referido processo de aposentadoria, sempre enfatizei que a legislação federal que rege a matéria é uma só e tem de ser aplicada uniformemente, no âmbito dos três Poderes da República, cabendo ao TCU o papel de guardião da legalidade na Administração Pública, nomeadamente em matéria de aposentadoria, na forma do inciso III do art. 71 da Constituição Federal.

Diviso, portanto, para solucionar o impasse, dois caminhos. Ou esta Corte reafirma, expressamente, a legalidade e a validade da Decisão 481/97, para toda a Administração Pública Federal, ampliando os limites de sua ação e impondo sua observância a todos os órgãos que a compõem, ou lhe reconhece a nulidade - como defendo - e determina a imediata revisão de todos os atos de aposentadoria compostos sob sua orientação, sem embargo da aplicação da Súmula 106 da Jurisprudência do TCU, posição que tenho defendido desde muito antes das manifestações do Poder Executivo.

Se a Decisão 481/97 é legal, deve ser observada por todos, sendo intolerável que órgãos da Administração Pública oponham obstáculos a sua validade, devendo ser reprimida, a conduta ilegal, com todos os meios de coerção admitidos pela lei, incluída a aplicação de multas aos gestores responsáveis. Se, ao contrário, a Decisão 481/97 é ilegal - e é exatamente esta a posição que tenho defendido - tem de ser corrigida, como também devem ser corrigidos seus maléficos efeitos, agravando ilegalmente a despesa pública.

Nesse contexto, no bojo destes autos, verifico, mais uma vez, a oportunidade e a conveniência do reexame desse tema relevante, cujas consequências financeiras para o Erário e para a legalidade administrativa são de monta considerável.

Reafirmo, portanto, mais uma vez, que a opção não é parte integrante dos quintos. O entendimento que permite a vinculação de um e outro instituto viola o próprio princípio da razoabilidade, parte integrante da legalidade, permitindo a concessão de aumentos de remuneração de 80 a 170%, sem base legal, na aposentadoria de servidores públicos.

A manutenção da Decisão 481/97 implica, na essência, admitir que pode, o Tribunal de Contas da União, atuando como legislador positivo, estabelecer vantagens pecuniárias não previstas especificamente em lei - mesmo ao seu arrepio - com violação do princípio constitucional da

legalidade administrativa, estimulando e criando ipso facto nova categoria de servidores públicos com proventos incondizentes com a realidade do País, com o interesse público e com a política do Governo para o setor.

Se pudesse o TCU afirmar que o servidor com um décimo, ou um quinto, tivesse direito à verba da opção, poderia também erigir qualquer outra circunstância como fato gerador da percepção da referida verba pecuniária, ou de qualquer outra, mesmo em dissonância com as decisões de cunho político, desenvolvidas para o setor pelo Poder Executivo.

A percepção da opção, na inatividade, pelos servidores destituídos de situações entre as quais optar, é feita sem respaldo legal, como criação inteiramente jurisprudencial desta Corte, que, inicialmente, permitiu aos servidores que implementassem a condição do art. 180 da 1.711/52 a percepção, em seus contra-cheques, da parcela da opção e, atualmente, vem a permitir a percepção da opção, com a mera incorporação de um quinto ou um décimo.

Considero juridicamente impróprios os termos da Decisão 481/97, a permitir a servidores públicos ganhos de até 170% da função gratificada, para os que incorporaram até cinco quintos sem, contudo, preencher os requisitos do art. 193, o que significa 70% (parcela de opção a que não fazem jus) a mais do que percebiam na atividade. Esta incongruência torna-se absolutamente injustificada ao estimular o servidor a aposentar-se, deixando o serviço público, para poder perceber proventos com substancial aumento, mesmo em frontal violação com o §2º do art. 40 da Constituição Federal, que veda tal procedimento.

O dia 19 de janeiro de 1995 é a data limite, até a qual fazem jus, os servidores públicos, nos proventos de aposentadoria, à extinta vantagem do artigo 193 da Lei 8.112/90, considerando que, desde essa data, o referido artigo já não produziu efeitos, por força da edição e reedição de sucessivas medidas provisórias abrogatórias. A partir daí, já não há situações por que optar.

Por todas as razões expostas, entendo que a Decisão 481/97 - Plenário deve ser declarada nula, como mero ato administrativo. Esta declaração de nulidade reflete o entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direito..." (Súmula 473).

A nulidade plena da Decisão 481/97 pode e deve ser declarada o quanto antes por esta Corte, com o conseqüente e urgente reexame dos proventos de aposentadoria compostos sob sua orientação e a exclusão da parcela opção, derivada exclusivamente da vantagem quintos ou décimos, sem embargo da aplicação da Súmula 106 da Jurisprudência desta Corte aos valores recebidos de boa-fé até a data de publicação desta decisão no Diário Oficial da União.

Quanto a alegação de ser a Decisão 481/97 mera consolidação de

entendimentos do próprio TCU sobre o instituto da opção, verifico que se trata de grasso equívoco, já que a Decisão 481/97 foi muito além desse desiderato, constituindo verdadeiro diploma normativo, com efeitos que extrapolaram a órbita do TCU para inovar toda a ordem jurídica, com devastadores efeitos sobre as finanças públicas e imediata aplicação por inúmeros outros órgãos públicos.

Na verdade, não existem dúvidas de que a Decisão 481/97, a partir de sua edição, aumentou sobremaneira a despesa pública, sem embasamento legal e constitucional. O TCU, ao editar tal ato normativo, inovou a ordem jurídica, para criar novas formas de aumento de remuneração para o funcionalismo desta Casa, com brutal incremento da despesa atinente a esta rubrica.

Para comprovar a afirmativa, basta verificar o que esta Corte gastava antes e o que passou a gastar depois da aplicação da Decisão 481/97. Assim também com todos os Tribunais e órgãos que a aplicaram. Deve-se verificar, também, o gigantesco número de revisões de aposentadorias ocorridas, para incluir, nos proventos dos servidores aposentados, a vantagem da opção, derivada única e exclusivamente de quintos ou décimos, na forma somente estatuída na Decisão 481/97. Houve, na prática, a adoção de critério novo, especificado em ato normativo administrativo interno, voltado à efetiva majoração da remuneração dos servidores, com gigantesca majoração da despesa com pessoal, que transcendeu dos limites inicialmente previstos para abranger parte substancial da Administração Pública Federal.

Se fosse mera consolidação de entendimentos jurisprudenciais, as aposentadorias desses servidores aposentados já estariam de acordo com tais entendimentos e não teriam sido necessárias as revisões de aposentadorias, para incluir a nova vantagem remuneratória, com substancial incremento nos valores dos proventos de todos os servidores que haviam incorporado, na sua vida funcional, um único décimo ou quinto, não havendo, também, razão para que a Secretaria Geral de Administração deste Tribunal representasse ao Plenário, para definir questões já definidas pela jurisprudência desta Corte.

Sob qualquer ótica, a Decisão 481/97 inovou na ordem jurídica, criando vantagem pecuniária não autorizada pelo legislador, violadora, a um só tempo, dos princípios da legalidade, da moralidade e do próprio bom senso, como passo a demonstrar.

A inovação introduzida pela Decisão 481/97 confere o direito de opção ao servidor aposentado que tenha ao menos um único quinto ou décimo. Note-se a seguinte consequência: bastaria apenas um único ano de exercício de função comissionada, um único décimo incorporado, em qualquer momento da carreira do servidor, para que se lhe fosse assegurada a ilegal e eterna benesse de manter, em sua remuneração de aposentado, parcela remuneratória integral devida apenas àqueles que estão investidos em cargo em comissão, ou que, na vigência do artigo 180 da Lei 1.711/52, ou do artigo 193 da Lei 8.112/90, ocuparam por

cinco anos seguidos ou dez interpolados cargos em comissão, configurando requisitos bem mais exigentes que os estabelecidos pela Decisão 481/97.

A propósito, segundo entendo, aos servidores que cumpriram os requisitos do art. 180 da Lei 1.711/52, ou do art. 193 da Lei 8.112/90, é devida a vantagem remuneratória da "opção", porque eles têm situações de remuneração entre as quais optar. Repito que a opção não se vincula a quintos e a opção onde não há situação por que optar é aberração lógica, jurídica e moral.

A atribuição da parcela remuneratória, denominada opção, a quem tem apenas um ano de exercício de cargo em comissão, independentemente dos demais requisitos, fere a moralidade administrativa e inquina a medida de vícios irremediáveis.

No nosso sistema constitucional, nos termos da Constituição Federal, apenas o Congresso Nacional, entidade politicamente legitimada pelo voto popular, poderia, por iniciativa do Presidente da República, instituir, por lei, privilégio dessa natureza. Somente nessa hipótese, havendo o legislador a instituído legítima e expressamente, poderia ser devida tal vantagem, não deixando margem à presente controvérsia. Para que não haja dúvidas da ilegalidade, da imoralidade e dos efeitos deletérios da Decisão 481/97, sobre as finanças públicas, menciono o seguinte exemplo prático: um servidor público do STJ, ou mesmo do TCU, da carreira de Finanças e Controle Externo, por exemplo, que tenha, por apenas um único ano, exercido a função comissionada de Assessor de Ministro, FC-9, há dez ou quinze anos atrás, e esteja, daquela época até hoje, trabalhando, normalmente, sem nenhuma função comissionada, em unidade da Casa, receberia, como é de lei, os vencimentos de seu cargo efetivo, onde figura, como vantagem pessoal, um único quinto da função de Assessor de Ministro, que ele exerceu por um ano. Esse mesmo servidor, por exclusiva decorrência da Decisão 481/97, pelo só fato de aposentar-se, passará a receber, em seus proventos, não-somente a remuneração do cargo efetivo, como antes, onde continuaria figurando o único quinto (20%) a que fez jus, mas, também, uma nova parcela, denominada "opção", incidente sobre o valor total da FC-9, função comissionada de Assessor de Ministro, a qual foi há muitos anos exercida e por um único ano! Há brutal e injustificada majoração dos proventos da aposentadoria sem nenhuma justificativa legal para tanto. Isto significa que este servidor, por um único ano ocupante da função de Assessor de Ministro, vai receber, na inatividade, muito mais do que recebia quando trabalhava. É como se ele, ao se aposentar, estivesse sendo nomeado para a função de Assessor de Ministro. Na atividade, recebia 20% da função (um quinto), na inatividade, passa a perceber um quinto mais a opção, sem fundamento legal.

Exatamente essa a razão pela qual afirmei constituir verdadeira inversão de valores atribuir ao descanso da aposentadoria remuneração superior ao trabalho da atividade, iniquidade que não ostenta respaldo

legal e, mesmo se ostentasse, poderia vir a ser inconstitucional por ofender o princípio da razoabilidade e do devido processo legal substantivo.

Outro exemplo prático. Um servidor, no exercício da função de Assessor de Ministro, que tenha incorporado apenas um único quinto da função, em razão das recentes alterações legislativas na matéria, que impediram a continuidade das incorporações. Este servidor recebe, nesta Casa, a remuneração do cargo efetivo e um único quinto, posteriormente substituído pela VPNI. Além do cargo efetivo e do quinto, pelo exercício do cargo em comissão, recebe a opção, incidente sobre o valor da função comissionada. Recebe, pois, os quintos e a opção. Ocorre que, se o mesmo servidor requerer a aposentadoria, deixando a função comissionada, continuará, por força exclusiva da Decisão 481/97, a receber idêntica remuneração, tal qual se permanecesse investido na função comissionada, como se nada tivesse ocorrido, a não ser o fato de que, agora, já não precisaria de trabalhar. Se o mesmo servidor não pede aposentadoria, mas apenas exoneração da função comissionada, porque deseja continuar trabalhando em outro local, ele deixa de perceber o valor da função comissionada, afinal ele já não está investido na função de assessor. Há, pois, duas situações: Se ele deixa a função, para se aposentar, continua recebendo como Assessor de Ministro; se ele a deixa, para continuar a trabalhar, em outro local, sem a função comissionada, passa a ganhar substancialmente menos! Esse exemplo torna patente a ilegal distorção, introduzida pela Decisão 481/97, no regime jurídico-administrativo deste Tribunal. Não tenho dúvida de que ela inovou, substancialmente, a ordem jurídica, com efeitos significativos sobre as finanças públicas, criando, sem justificativas, despesa nova para o Erário.

Para perceber o verdadeiro alcance da Decisão 481/97, basta ter em mente o imenso contingente de servidores públicos federais com quintos - ou décimos - incorporados. Todos eles não têm, nem nunca tiveram, direito à opção na aposentadoria. Somente agora, a partir de 1997, com a generalizada aplicação da Decisão 481/97, passaram a receber parcela substancial de remuneração até então devida apenas a quem implementara os estreitos requisitos do artigo 180 da Lei 1.711/52 ou do artigo 193 da Lei 8.112/90, atualmente revogados, enquanto estiveram vigentes, ou seja, até 1995.

Aliás, foram exatamente os maléficos efeitos da Decisão 481/97, sobre as finanças públicas, que causaram o fim do instituto tendente a proporcionar a estabilidade financeira para os servidores públicos. Os atuais ocupantes de funções comissionadas não têm, hoje, absolutamente nenhuma forma de salvaguarda da remuneração, com a incorporação da função nos seus vencimentos, independentemente do tempo em que permaneçam nessas funções, o que traduz um dos mais perfeitos aforismas: “o abuso de um lado implica sempre outro abuso do lado contrário”.

Recordo que, à época da Decisão 481/97, estava sendo instituída, por meio de Medidas Provisórias, nova sistemática de estabilidade financeira para os servidores públicos federais, materializada na incorporação dos décimos. O instituto dos décimos era bem mais exigente que o dos quintos. Permitia a incorporação de um décimo do valor da função aos vencimentos do cargo efetivo, a cada ano de exercício de função comissionada, de modo que, no fim de 10 anos de exercício desses cargos, estaria o servidor protegido, no dia de deixar a função comissionada, em razão de exoneração ou aposentadoria.

Essa era a sistemática então em implementação mediante medidas provisórias. Pelo menos até o advento da Decisão 481/97 e a adoção da tese, contra legem, de que tendo o servidor apenas um décimo, teria direito, na aposentadoria, à opção incidente sobre o valor da função comissionada, vantagem destinada apenas a quem investido em função comissionada, ou a quem implementara exigentes requisitos estabelecidos em lei.

Na sistemática da Decisão 481/97, com apenas um ano de exercício de função comissionada, o servidor estabilizava, no caso do Poder Judiciário, 80% do valor da função e, no caso do Poder Executivo, 65% (10% do décimo mais o percentual da opção).

Viu-se, então, o Poder Executivo, com o endosso do Poder Legislativo, compelido a revogar toda a legislação atinente à incorporação de décimos, recém implantada, porquanto, de tal forma deturpada, ensejava a percepção de vantagens financeiras sem nenhum respaldo legal.

A Decisão 481/97 foi equívoco a reclamar urgente correção, não se lhe podendo considerar apenas consolidação, ou mera “interpretação”. Na verdade, esta Decisão conforma entendimento novo que inovou radicalmente a ordem jurídica e produziu terrível impacto sobre as finanças públicas.

É fato inquestionável, aliás, o crescimento das despesas desta Corte e de outros órgãos da Administração que a aplicaram, com o pagamento deste novo direito de opção, com prejuízos diretos aos novos servidores públicos que ingressam nos quadros da Administração, submetidos a baixa remuneração em razão da elevada parcela do orçamento gasta com a remuneração desse privilégio ilegal.

Aliás, esse efeito nocivo é verificado nesta Corte, porquanto o novo Plano de Carreiras teve como um de seus condicionantes o impacto sobre a folha de salários e os limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Os altos gastos com o pagamento da vantagem ilegal aos inativos limita a obtenção de melhor remuneração para os novos servidores que ingressam nesta Casa e têm a responsabilidade de enfrentar todos os árduos desafios do controle externo.

Todas as regras de interpretação têm por principal fundamento o bom-senso. Existem para aplicar o Direito existente, dentro dos postulados da boa-fé e do bom-senso, e não para criá-lo ex nihil. Em sede de despesa pública, deve o aplicador da lei optar pela

interpretação o mais possível restritiva, que melhor resguarde o Erário, dentro da estrita ótica da legalidade administrativa.

Em favor da Decisão 481/97, levanta-se argumento, no sentido de que tal decisão seria “moralizadora”, porque haveria entendimentos de que a Constituição Federal garantiria, na redação então vigente, aposentadoria integral, sem distinguir entre cargo efetivo e cargo em comissão, e a Decisão 481/97, por razões morais, teria então estabelecido requisito temporal mínimo de um ano de exercício, para que o servidor pudesse aposentar-se como se investido no cargo em comissão. O argumento é de todo equivocado. Se a Carta Magna realmente assegurasse tal direito, jamais poderia o TCU restringi-lo. A garantia constitucional da aposentadoria, com proventos integrais, abarca tão-somente a remuneração do cargo efetivo. A Constituição, em nenhum momento, intentou perenizar o que, por sua ínsita natureza, é transitório. O exercício de cargo em comissão é de natureza sempre transitória, por ser sempre o ocupante demissível ad nutum.

Há, ainda, a objeção de que, reconhecida a sua nulidade, experimentaria o servidor, investido em cargo em comissão, decesso remuneratório, quando viesse a se aposentar. Mas é claro. É evidente o decesso remuneratório. Quando se aposenta, o servidor deixa o cargo em comissão. Se o servidor, aposentado ou não, deixa o cargo em comissão, tem de ganhar menos. É natural. Para a estabilidade financeira do servidor, a legislação criou o instituto do quinto, depois do décimo. Os servidores que tiveram a oportunidade de exercer por cinco anos cargo em comissão, não terão decesso de remuneração, se preenchidos os requisitos das Leis 1.711, 8.112 e 8.911. Os que não, terão perdas de remuneração. Vão receber a remuneração do cargo efetivo e os quintos que obtiveram. É a lei que diz isto. Não é o juiz na sentença que cria vantagens remuneratórias para o servidor ou diz do seu regime. Não é, absolutamente, atribuição do juiz corrigir, ao longe da lei, as falhas ou as injustiças das políticas públicas, legalmente adotadas pela Administração Federal e pelo Congresso Nacional no que tange aos gastos públicos com servidores.

O decesso remuneratório sofrido pelo servidor que se aposenta é exatamente o mesmo que o servidor ativo sofre quando se exonera do cargo em comissão, o que ocorre exatamente porque ele deixa o cargo em comissão ao se aposentar. Então é óbvio que tem de ocorrer decesso de remuneração. Se ocorre com o ativo, vai ocorrer, também, com o inativo. E esse decesso agora é inevitável para os atuais ocupantes da função de cargo em comissão, tendo em vista que, como já visto, já não existe a possibilidade de incorporação de quintos.

Os estudos da Consultoria-Geral do TCU evidenciam a ilegalidade da Decisão 481/97, propugnando por sua declaração de nulidade. O parecer da Conger se equivoca quando pretende tornar incorrigíveis todo e qualquer ato de aposentadoria já realizado, com a ilegal inclusão da vantagem opção, derivada de quinto ou décimo incorporado.

Entendo que a tese, mesmo invocando a segurança jurídica, o direito adquirido e o devido processo legal, não se sustenta nem jurídica nem, sobretudo, moralmente. O parecer da Conger confunde as decisões tomadas pelo TCU em processos de julgamento de contas, com as decisões proferidas em processos de fiscalização e controle, entre as quais as sobre aposentadoria. Aquelas, sim, não podem ser modificadas de ofício, mas, tão-só, pelos recursos próprios, tornando-se imutáveis, se não interposto o recurso de revisão no prazo devido.

Apenas em relação ao julgamento de contas, está o Poder Judiciário adstrito a verificar a observância do devido processo legal, sem adentrar no mérito do juízo de valor que o TCU faz sobre as contas dos administradores. Quanto a isso a doutrina é uníssona.

No tocante aos demais pronunciamentos do Tribunal, no exercício do controle sobre os atos da administração - de aposentadoria ou não - não há nenhuma forma de coisa julgada que os torne insuscetíveis de correção pela própria autoridade que praticou o ato, se acaso neles verifique ilegalidades. Muito pelo contrário, o dever da autoridade é o de declarar a nulidade do ato, o dever do TCU é o de exigir essa declaração. O exercício do controle não sacraliza nem torna imutável ato continente de ilegalidade insanável. O controle visa justamente a coibir, reprimir e prevenir a prática de ilegalidade. Se o controle falha, deve corrigir-se e exigir a correção do ato ilegal.

Trago, por oportuno, as lições do Professor José Cretella Júnior, na obra *Jurisdição e Competência*, ed. Saraiva, pg. 14, in verbis: “As atribuições do Tribunal de Contas são de natureza administrativa. Entretanto quando ‘julga’ as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos, tal julgamento impõe-se ao Poder Judiciário no que concerne ao aspecto contábil, sobre a regularidade da própria conta.” (grifamos)

A propósito dos atos de controle e da possibilidade de correção posterior do ato controlado, trago, ainda, a magnífica lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, na obra *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 2ª ed, páginas 570/1, verbis:

“Homologação é o ato administrativo unilateral, vinculado, de controle de outro ato jurídico, pelo qual se lhe dá eficácia ou se afirma a sua validade. Examina a legitimidade da manifestação de vontade do ato controlado. (...) É o caso do registro pelo Tribunal de Contas de ato da Administração Pública de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional e por sua conta. Esse registro, se preventivo, atribui eficácia ao ato, se repressivo, o considera válido. (...) Contudo, se o ato padecer de ilegalidade, que passou despercebida ao órgão que o homologa e recebeu seu referendado, nem por isso sana o vício. Ele poderá ser declarado pelo Judiciário ou mesmo reconsiderado pela Administração Pública na declaração de ofício de sua nulidade. A razão disto está em que a homologação é ato de controle da legalidade, mas não de convalidação de ilegalidade. Sequer poderá haver alegação de

existência de direitos adquiridos em consequência da homologação, que tornou o ato controlado eficaz e, assim, permitiu que produzisse seus efeitos, porque os atos nulos jamais possibilitam a aquisição de direitos. A homologação é ato de vontade que não constitui direito, mas apenas reconhece os já existentes.” (grifamos)

Ademais, o princípio da segurança jurídica não é e nunca foi absoluto. Impera apenas cotejado com vários outros princípios, dentre os quais o da legalidade e o da moralidade administrativa. A regra sempre foi a invalidação dos atos eivados de ilegalidades. A propósito, os muitos princípios constitucionais não se anulam, mas convivem, num constante choque e entrechoque, encontrando cada qual, segundo o ordenamento jurídico e os casos concretos, sua esfera própria de atuação.

Para os casos de conflito entre a segurança jurídica e a legalidade de um ato, editou o Congresso Nacional a Lei 9.784, de 29.1.99, que, ao cuidar do processo administrativo no âmbito da Administração Pública, limitou objetivamente, em seu artigo 54, o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos destinatários, estabelecendo o prazo decadencial de 5 anos. Antes da edição dessa lei, não havia limitação para esse direito, ocorrendo casuisticamente o reconhecimento da prevalência da segurança jurídica sobre a legalidade em casos extremos. Muito embora, no caso, não haja nenhuma situação jurídica de há muitos anos consolidada, já existe jurisprudência nesta Casa, capitaneada pelo Ministro Marçós Vilaça, firmando o entendimento de que a Lei 9.784, de 29.1.99 não se aplica aos processos cujos procedimentos são talhados por lei própria, como é o caso dos do TCU.

Para os atos ainda não apreciados pelo Tribunal, nem se cogitaria de decadência do poder-dever de determinar a correção do ato, uma vez que tal poder-dever decorre diretamente de preceito constitucional, sendo insuscetível de ser obstado por norma infraconstitucional.

A segurança jurídica já atua neste caso, mediante a Súmula 106 da Jurisprudência do TCU, dispensando os beneficiários da devolução dos valores já percebidos sem respaldo legal, em vista de sua natureza alimentar, mas não para perpetuar pagamentos ilegais.

O ato de aposentadoria é ato administrativo como qualquer outro, estando sujeito à invalidação de ofício pela mesma autoridade que o praticou, total ou parcialmente, sempre que nele se verificarem ilegalidades. Daí nossa proposta de determinar aos órgãos da Administração Pública que procedam à revisão dos atos de concessão ou reformulação de aposentadoria proferidos com inspiração na Decisão 481/97.

O fato de o ato de aposentadoria ser submetido a crivo especial do Tribunal de Contas não o transforma em ato administrativo insuscetível de correção, na hipótese de padecer de ilegalidade. A previsão dessa competência, na Constituição Federal, denota a importância do controle sobre essas aposentadorias e a sua inafastabilidade por norma

infraconstitucional, dada a relevância material do conjunto das despesas deles decorrentes.

Pretender transformar o controle exercido pelo TCU, em sede de aposentadoria, em coisa julgada administrativa, insuscetível de modificação, é imaginar que a Constituição da República protege qualquer ilegalidade que não seja desde logo apontada, em prejuízo dos princípios da legalidade e da moralidade, que ela mesma erigiu em princípios fundamentais da Administração Pública Federal. Portanto, coexiste o princípio da segurança jurídica, mas não se sobrepõe aos da legalidade, legitimidade e moralidade na gestão da coisa pública.

A tese da prevalência das aposentadorias ilegais constituiria, também, enorme contra-senso, pois significaria que, não houvesse o constituinte instituído o controle da aposentadoria, as ilegalidades seriam suscetíveis de correção a qualquer momento, mas como instituído o controle, as ilegalidades não impugnadas ficam livres de correção, por mais aberrantes que posteriormente se revelem e por maiores os danos causados. O controle, que existe apenas para fazer prevalecer a legalidade, torna-se instrumento de proteção da ilegalidade. O controle do TCU sobre as aposentadorias não faz coisa julgada e não implica a imutabilidade dos proventos de aposentadoria. Aliás, é lícita a alteração de atos de aposentadoria, com a modificação da fundamentação legal, feitas pelo órgão jurisdicionado e novamente submetidas ao TCU. Se há ilegalidade, deve ser corrigida, pois não há direito adquirido à ilegalidade. Os direitos nascem da lei e não contra a lei, não havendo, na correção dos atos de aposentadoria, praticados com nítida ilegalidade, violação ao devido processo legal.

Segundo o princípio do devido processo legal, apenas não poderia, o TCU, rever e modificar ele próprio os atos de aposentadoria praticados pelos órgãos, visto que a atividade do TCU é de controle e não de prática do ato. Na hipótese, haveria a usurpação pelo TCU da competência da autoridade administrativa para desfazer ato de aposentadoria ilegal. Nada obstante, é legítima a determinação do TCU da adoção das medidas necessárias à correção das ilegalidades. É precisamente esta a conduta que se espera do órgão de controle: identificar as ilegalidades e determinar-lhes as correções. É este o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal, definido em vários acórdãos.

Cumprе ressaltar que não se está a discutir mudança de entendimento jurisprudencial, mas os efeitos da declaração de nulidade de decisão que criou ilegitimamente, sem fundamento legal, expressivas vantagens pecuniárias para os servidores. Não se pode admitir decisão isolada como a jurisprudência do TCU sobre aposentadorias. A Decisão 481/97 foi prolatada administrativamente, na atividade de administração da Casa, voltada especialmente para servidores do TCU, e certamente sob a sua influência, criando, contra legem, direito novo. Trata-se de decisão isolada - normativa - e a jurisprudência se forma pelo conjunto de

reiteradas decisões que conformam o pensamento jurídico dominante de uma corte ao longo do tempo, não havendo precedentes.

A Súmula 105 do TCU e os precedentes citados pela Conger eram fundados em lei que gozava da presunção de constitucionalidade, depois julgada inconstitucional. Nestas hipóteses, era razoável fazer prevalecer a segurança jurídica e a boa-fé, uma vez que estava em pleno vigor lei federal, só posteriormente declarada inconstitucional. No caso dos autos, não. Estamos tratando de decisão administrativa interna do TCU, imediatamente adotada como paradigma por diversos órgãos jurisdicionados, dos quais muitos do Poder Executivo, por iniciativa própria, sem considerar que a vantagem pecuniária era destituída de respaldo legal, sendo nula de pleno direito, não podendo produzir efeitos. Não se pode equiparar situações tão díspares como se tivessem idêntica fundamentação.

Apresento, por fim, um último argumento, como a lançar a definitiva pá de cal sobre a questão, o §2º do art. 40 da Constituição Federal, objeto da Emenda Constitucional nº 20, estabeleceu que "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".

Com a novel disposição constitucional, a pertinácia na defesa da Decisão 481/97 significa a manutenção de ato administrativo contrário à Constituição. Saliento que nem mesmo o argumento do direito adquirido - descabido na hipótese - prevalece contra disposição constitucional, sendo, pois, não só nitidamente ilegal, mas, agora, absolutamente inconstitucional a Decisão 481/97.

Por todas essas razões, estou convencido da patente inconstitucionalidade, ilegalidade e nulidade da Decisão 481/97 e proponho a revisão dos equívocos por ela produzidos, com a necessária declaração de sua nulidade absoluta.

Acolho parcialmente, portanto, as conclusões do parecer da Conger, considerando oportuno fazer constar da Decisão os critérios que devem ser observados na composição dos proventos de aposentadoria, para que não haja dúvidas sobre o regime legal de aposentadorias que deve ser observado, na forma delineada no parecer da Conger.

Assim, VOTO por que o Tribunal de Contas da União adote a DECISÃO que submeto à apreciação deste Plenário.

Sala das Sessões, em 10 de outubro de 2001.

Walton Alencar Rodrigues

Ministro-Relator

Assunto

Administrativo

Ministro Relator

WALTON ALENCAR RODRIGUES;

Decisão

O Tribunal de Contas da União, reunido em sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

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

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

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

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

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

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

8.4. esclarecer, ainda, que a proibição de cumular vantagens descrita no item 8.2 e esclarecida no item 8.3 atinge as Vantagens Pessoais Nominalmente Identificadas, oriundas da transformação das parcelas incorporadas a título de quintos ou décimos, na forma dos arts. 2º da

Lei 6.732/79, 62 da Lei 8.112/90 e 3º da Lei 8.911/94;

8.5. determinar aos órgãos da Administração Pública Federal que promovam o reexame dos proventos de aposentadoria compostos sob orientação da Decisão 481/97-TCU-Plenário, para a pronta exclusão da parcela opção, derivada exclusivamente da vantagem quintos ou décimos, esclarecendo que é assegurada, na aposentadoria, a vantagem decorrente da opção, prevista no artigo 2º da Lei 8.911/94, aos servidores que, até a data de 18 de janeiro de 1995, tenham satisfeitos os pressupostos temporais estabelecidos nos arts. 180 da Lei 1.711/52 e 193 da Lei 8.112/90, sem prejuízo da aplicação da Súmula 106 da Jurisprudência deste Tribunal aos valores recebidos de boa-fé até a data desta Decisão;

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

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

8.8. arquivar o presente processo.

Quorum

1 Ministros presentes: Humberto Guimarães Souto (Presidente), Iram Saraiva, Valmir Campelo, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues (Relator), Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e Benjamin Zymler.

2 Ministro com voto vencido: Ubiratan Aguiar.

Declaração de Voto

TC-014.277/1999-9

DECLARAÇÃO DE VOTO

Data vênua, pelos fundamentos que passo a expor, discordo do entendimento defendido pelo ilustre Relator.

2. Como pude perceber, a Decisão proposta por sua Excelência preserva apenas os atos de aposentadoria que, em 18 de janeiro de 1995, tenham satisfeitos os pressupostos temporais estabelecidos nos arts. 180 da Lei nº 1.711/52 e 193 da Lei nº 8.112/90. Nesse sentido, e concordando com entendimento defendido, tal inclusão, estaria contemplada no item 8.3.2 da proposta de Decisão que ofereço, como poderá ser observado.

3. Os demais atos expedidos com fundamento na Decisão nº 481/97, no entendimento defendido teriam que ser necessariamente modificados, como se observa da redação dada aos itens 8.1 e 8.5 da Decisão apresentada por sua Excelência. Nesse ponto é que discordo do entendimento externado pelo ilustre Relator, como passarei a demonstrar.

II

4. Defendo, nesta oportunidade, a jurisprudência deste Tribunal; o alcance dos efeitos da mudança dessa jurisprudência sobre os atos de aposentadoria já apreciados; e a impossibilidade desta Corte, de ofício, invalidá-los, uma vez concedidos com base na Decisão 481/97, ante a inexistência de previsão legal e regimental, e em obediência aos princípios constitucionais do devido processo legal e da segurança jurídica, assentado, aliás, na aplicação da Súmula 105 desta Corte, especialmente quando se observa que, pela compreensão que se obtém do art. 1º, inciso XVII, c/c o seu § 2º, algumas Decisões desta Corte têm caráter normativo.

5. Portanto, defendo, não propriamente a melhor interpretação para as questões suscitadas, mesmo porque o tempo e a complexidade da matéria não me permitiria, mas princípios que acredito sejam fundamentais para a segurança que todos os jurisdicionados esperam das deliberações desta Corte. Dessa forma, a minha compreensão é de que não poderia esta Corte anular a Decisão nº 481/97, por ter caráter normativo, e determinar a revisão de todos os atos de aposentadoria expedido em desacordo com o entendimento ora defendido por sua Exa.

6. Observe, sua Exa. que os atos de aposentadoria expedidos e publicados no Diário Oficial da União, sob o manto da Decisão nº 481/97, tendo em vista o seu caráter normativo, constitui direito líquido e certo dos interessados, protegido, portando, pelo princípio do Direito Adquirido e do Ato Jurídico Perfeito, insculpidos no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal. Não podem, dessa forma, pelo menos no âmbito desta Corte, serem modificados 10 ou quíçá 20 anos depois.

7. Ademais disso, observe-se que o entendimento defendido pelo nobre Relator, não fulmina apenas o Direito Adquirido e o Ato Jurídico Perfeito, mas também o Princípio da Coisa Julgada, inserido no mesmo dispositivo constitucional mencionado, pois que determina a desconstituição até mesmo dos atos já registrados por este Tribunal.

8. Lembro, inclusive, que o próprio Poder Executivo já tinha o entendimento de que era possível a aposentadoria no cargo em comissão em que era permitido a opção pelo cargo efetivo com a possibilidade do recebimento de quintos. Aliás esse entendimento veio a se consolidar com a publicação do Parecer da Advocacia-Geral da União, publicado no DOU de 18.12.98, aprovado pelo Excelentíssimo Sr. Presidente da República, que, após um exame detalhado das deliberações desta Corte, em especial a grande discussão que girou em torno da edição da Decisão Normativa/TCU nº 19, de 06 de junho de 1990, posteriormente alterada pela de nº 22/91, concluiu nos seguintes termos:

“4. Em vista do exposto e trazido, Senhor Advogado-Geral, concluo que, enquanto vigentes - e eficazes - o art. 180 da Lei nº 1.711 e o art. 193 da Lei nº 8.112, se fez possível, ao servidor beneficiário da vantagem dos “quintos” (ou “décimos”) que exerceu cargo (ou função) de confiança sob o “regime da opção” e haja completado todos os requisitos de tal aposentadoria sob o abrigo e modelo de um ou outro desses

artigos, ter incluídos, em seus proventos, cumuladamente, a vantagem em referência e os valores relativos à opção.”

09.Trata-se, portanto, de jurisprudência historicamente adotada pelo Tribunal e acolhida de forma pacífica por toda a Administração Pública Federal e pelo Poder Judiciário, enquanto no exercício de sua função judicante. Adotando, por isso mesmo, o velho brocardo de hermenêutica: “altere-se o menos possível o que sempre foi interpretado do mesmo modo”, o meu posicionamento, repito, é no sentido da manutenção da jurisprudência historicamente adotada pelo Tribunal e acolhida de forma pacífica por toda a Administração Pública Federal e pelo Poder Judiciário.

III

10.O argumento de que a Decisão nº 481/97 é manifestamente ilegal penso não ser motivo suficiente para excluir a aplicação da Súmula 105 deste Tribunal, porquanto a mudança de entendimento pressupõe sempre, em maior ou menor grau, um possível erro na interpretação anterior. Assim, não há que se questionar o grau de ilegalidade da aludida Decisão.

11.Aliás, compreendo que o nobre Relator na busca de demonstrar a ilegalidade da Decisão nº 481/97, produziu argumentos que, na minha compreensão, não comprovam essa conclusão. O fato de ter onerado o Erário não a torna ilegal; como também o fato de o servidor receber na inatividade mais do que na atividade. Acentue-se que tal assertiva não se concilia com a realidade dos fatos, pois o único que se aposentava com proventos superiores à remuneração da atividade, sem contribuir para obter essa vantagem, era o servidor que não exercia cargo em comissão (art. 192 da Lei nº 8.112/90).

12.Em nosso entendimento, não torna ilegal a Decisão nº 481/97 desta Corte, ainda, a afirmação de o Erário, na atual conjuntura, não poder suportar tais despesas. Não a torna ilegal também a afirmativa de que o servidor que exerceu função comissionada na atividade e a deixou ainda na atividade, não possa receber na inatividade a função comissionada, como também, o número de servidores beneficiados. Tais argumentos, data vênia, serviriam no máximo para avaliar se tal Decisão é ou não justa, mas jamais para sustentar a sua legalidade ou ilegalidade.

13.Não posso concordar, outrossim, com a afirmação de que as vantagens conferidas ao servidor a título de quintos, na aposentadoria, tenham sido o motivo de sua exclusão do Estatuto do Servidor Público. Lembro que a exclusão da mencionada vantagem foi apenas uma dentre diversas revogadas. A revogação do art. 193 e até da transformação de quintos em décimos, data de antes da Decisão nº 481/97. E ainda que fosse tal argumento também não a torna ilegal.

14.Observe que o Poder Público não se satisfaz com a exclusão de quintos e de outras vantagens pois, é do conhecimento geral que tentou descontar parcela significativa da remuneração, tanto do ativo quanto do inativo, mediante a criação de alíquotas, com características confiscatórias, como apropriadamente reconheceu e proibiu a Suprema

Corte do País.

15. Aliás, afirma o Ilustre Relator, por diversas vezes, ao longo de seu Voto que a Decisão 481/97 é manifestamente ilegal. Surpreendeu-me a contumácia dessa afirmativa, pois que não vislumbro que assunto de tamanha relevância tenha sido tratada sem o zelo demonstrado por sua Exa, que não caracteriza a história de atuação dos Membros desta Corte. Chamo atenção que naquela oportunidade estavam presentes os Ministros: Homero dos Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Carlos Átila Álvares da Silva, Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Paulo Affonso Martins de Oliveira (Relator), Iram Saraiva, Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin e o Ministro-Substituto José Antonio Barreto de Macedo, além do ilustre Procurador-Geral, Dr. Lucas Rocha Furtado.

16. E nesse ponto, permito-me discordar do ilustre Relator, pois, não obstante a minha manifestação expressa, externada no item 3 retro, pela alteração do entendimento consignado da Decisão nº 481/97, entendo que a mesma não é manifestamente ilegal, como tentarei demonstrar.

17. Sabemos que a interpretação literal da norma, não obstante inicial, não é a melhor técnica de exegese, como também não o é a interpretação histórica. Ao mesmo tempo que adotamos a interpretação filológica e histórica de um dispositivo, devemos buscar, também, sua compreensão lógico-sistemática, como aconselham os melhores autores de hermenêutica.

18. Observe-se que desde janeiro de 1995 foram editadas inúmeras medidas provisórias modificando a Lei nº 8.112/90 e demais normativos que regulamentam vantagens concedidas aos Servidores Públicos. Note-se que a dificuldade em firmar um entendimento, diante do caos normativo instalado no Brasil com o instituto das medidas provisórias, não é privilégio desta Corte, mas de segmentos significativos da sociedade, especialmente daqueles que desempenham suas atividades no mundo jurídico, a exemplo de juízes, advogados, promotores e parlamentares.

19. Dessa forma, a interpretação literal da Lei nº 8.911/94 permite-nos perfeitamente admitir o entendimento adotado na Decisão nº 481/97, eis que expressamente determina em seu art. 11 que a “vantagem de que trata esta lei integra os proventos de aposentadorias e pensões”. E referida norma trata exatamente da incorporação de quintos e do instituto da opção.

20. Assim, à luz do artigo logo acima transcrito, o aposentado que tenha incorporado qualquer parcela de quintos ou décimos pode, nos exatos termos do art. 4º da Lei nº 8.911/94, fazer a opção de que trata o art. 2º da mesma Lei, ainda que não tivesse se aposentado com as vantagens do cargo em comissão, isto é não tenha preenchido os requisitos previstos no art. 180 da Lei nº 1.711/52 ou 193 da Lei nº 8.112/90.

21. Por todo o exposto, entendo de bom alvitre que o Tribunal, nesta oportunidade, fixe nova orientação sobre a matéria sem a necessidade de tornar nula a Decisão nº 481/97, devendo, com base na súmula 105 e na jurisprudência mencionada, preservar os atos de aposentadoria já

publicados no órgão de divulgação oficial.

IV

22.Externo, por último, nesta oportunidade, a minha compreensão no sentido de que mais importante do que anular a Decisão nº 481/97 é firmar a convicção de que esta Corte precisa preservar os atos já praticados, com base em suas orientações, de forma a assegurar a eficácia imediata de suas deliberações. Procedimento diferente gera, não tenho dúvida, insegurança e descrédito nas decisões deste Tribunal, uma vez que as mesmas poderiam sempre ser revistas a qualquer tempo, por sua própria iniciativa. E questiono mais: até quando a proposta de Decisão apresentada pelo eminente Relator será preservada? Até que alguém compreenda de forma diferente nesta Corte? Até que se altere composição deste Colegiado?

23.Repito, ante a sabedoria contida na Súmula 105 editada há mais de década, não pode está Corte determinar a desconstituição de atos de aposentadoria, inclusive já registrados, emitidos com fundamento em expresse entendimento deste Tribunal.

24.Não será esta a primeira e nem a última vez que esta Corte preservará os atos já praticados sob a sua orientação, mesmo que supostamente ilegais, ainda que expedidos em deliberação de caráter administrativo, como ocorreu no caso da Decisão Normativa/TCU nº 19, de 06 de junho de 1990.

25.Finalizando, gostaria de ressaltar, ademais, que trata-se de situação fática de difícil solução, pois serão revistos todos os atos expedidos desde a promulgação da Lei nº 6.732/79, momento em que os servidores passaram a se aposentar com a remuneração do cargo em comissão e a usufruir a vantagem denominada quintos, mediante o instituto da “opção”. A se concretizar a situação ora proposta algumas Unidades Técnicas desta Corte, poderão ser inviabilizadas, a exemplo da SERUR e da SEFIP, sem contar os próprios Gabinetes que ver-se-ão obrigados a levar milhares de atos aos respectivos colegiados.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao Colegiado.

T.C.U., Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em: 10 de outubro de 2001

UBIRATAN AGUIAR

Ministro

Decisão não Acolhida

DECISÃO Nº /2.001 - PLENÁRIO

1. Processo TC-014.277/1999-9

2. Classe de Assunto: VII - Administrativo

3. Interessado: Tribunal de Contas da União

4. Órgão: Tribunal de Contas da União

5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.

Ministro Ubiratan Aguiar

6. Representante do Ministério Público: não atuou

7. Unidade Técnica: Consultoria Jurídica - CONJUR

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

8.1 os atos de aposentadoria são regidos pela lei vigente à época do evento. Se o servidor tiver satisfeito todas as condições necessárias à inativação com as vantagens estabelecidas em lei, a elas faz jus, pois que entendimento distinto viola o princípio do direito adquirido, prescrito no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal;

8.2 fixar o entendimento de que os proventos de aposentadoria dos servidores que preencheram os requisitos estabelecidos nos arts. 180 da Lei nº 1711/72 ou art. 193 da Lei nº 8.112/90, até 18 de janeiro de 1995, diante da expressa vedação legal pelo § 3º do art. 180 da Lei nº 1.711/52, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 6.732/79, pelo art. 5º da mesma Lei nº 6.732/79 e pelo § 2º do art. 193 da Lei nº 8.112/90, não podem cumular as vantagens estabelecidas nos arts. 180 da Lei nº 1.711/72 ou 193 da Lei nº 8.112/90 com as vantagens previstas nos arts. 2º da Lei nº 6.732/79, 62 da Lei nº 8.112/90 ou 3º da Lei nº 8.911/94 nem as vantagens estabelecidas nos arts. 180 da Lei nº 1.711/52 ou 193 da Lei nº 8.112/90 com as vantagens do art. 184 da Lei nº 1711/52 ou 192 da Lei nº 8.112/90;

8.3 esclarecer que, em decorrência da proibição de cumulação prevista no vedação legal pelo § 3º do art. 180 da Lei nº 1.711/52, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 6.732/79, pelo art. 5º da mesma Lei nº 6.732/79 e pelo § 2º do art. 193, o cálculo dos proventos deve ser feito de acordo com os seguintes critérios:

8.3.1 vantagem do art. 184 da Lei nº 1.711/52 ou do art. 192 da Lei nº 8.112/90: os proventos da aposentadoria devem incluir apenas a remuneração do cargo efetivo e os acréscimos previstos naqueles dispositivos;

8.3.2 vantagem do art. 180 da Lei nº 1.711/52 ou do art. 193 da Lei nº 8.112/90: os proventos da aposentadoria devem ser o equivalente à remuneração devida pelo exercício de cargo em comissão ou função comissionada previsto em lei específica sem a exclusão de qualquer parcela, hipótese em que o aposentado poderá fazer a opção de que trata o art. 2º da Lei nº 8.911/94 e perceber as parcelas de quintos, conforme previsto no art. 4º desta mesma Lei;

8.3.3 vantagem do art. 2º da Lei nº 6.732/79 ou do art. 62 da Lei nº 8.112/90, regulamentada pelo art. 3º da Lei nº 8.911/94: os proventos de aposentadoria devem incluir a remuneração do cargo efetivo e as parcelas incorporadas a título de quintos ou décimos na forma da legislação em vigor;

8.3 esclarecer que o aposentado, a qualquer tempo, poderá solicitar a revisão de seus proventos, ante o que dispõe o § 4º do art. 40 da Constituição Federal;

8.4 o ato concessório expedido e já publicado no órgão de divulgação

oficial, de acordo com a Decisão nº 481/97, quando de sua apreciação para fins de registro aplicar-se-á a Súmula nº 105 do Tribunal de Contas da União;
8.5 arquivar os presentes autos.

Publicação

Ata 44/2001 - Plenário
Sessão 10/10/2001
Aprovação 17/10/2001
Dou 25/10/2001