

PROCESSO Nº: 0802175-15.2022.4.05.8300 - PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

AUTOR: MARIA AMELIA DE CARVALHO PARAHYM XAVIER

ADVOGADO: Fabiano Parente De Carvalho

RÉU: UNIÃO FEDERAL - UNIÃO.

10ª VARA FEDERAL - PE (JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO)

DECISÃO

Vistos etc.

MARIA AMELIA DE CARVALHO PARAHYM XAVIER ajuizou a presente ação ordinária em face da UNIÃO FEDERAL, requerendo a concessão de tutela de urgência *inaudita altera pars*, a fim de que seja determinado a Ré "*que se abstenha de aplicar a determinação firmada no ACÓRDÃO Nº 8112/2021, o qual teve como base o acórdão 1.599/2019 - Plenário/TCU de cessar o adimplemento do pagamento da vantagem de opção que trata o art. 2º da Lei 8.911/1994, determinando que NÃO FAÇA CESSAR o pagamento da vantagem de opção que trata o art. 2º da Lei 8.911/1994, e acaso já cessado, que determine-se pelo imediato retorno do pagamento da aludida vantagem*".

No mérito, requer a procedência do pedido para condenar a Ré: 1) obrigação de não fazer e fazer, para que se abstenha de determinar o corte da parcela Opção dos proventos de aposentadoria da servidora e, determinando que NÃO FAÇA CESSAR o pagamento da vantagem de opção que trata o art. 2º da Lei 8.911/1994, e acaso já cessado, que se determine pelo imediato retorno do pagamento da aludida vantagem; 2) subsidiariamente, em obrigação de fazer para que, caso este D. juízo entenda pela não decretação de nulidade do ACÓRDÃO Nº 8112/2021, pede-se que determine a adoção da proposta da Secretaria de Fiscalização de Pessoal (Sefip) - TCU, no sentido de não se aplicar o Acórdão 1.599/2019 - Plenário "aos atos de aposentadoria expedidos com base no entendimento decorrente do Acórdão 2.076/2005-TCU-Plenário, e já publicados no órgão de imprensa oficial até a data da publicação da presente decisão", em observância aos princípios da segurança jurídica e isonomia.

Em breve síntese, aduz a autora que: **a)** é servidora pública federal Técnica Judiciária do quadro do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco - TRE/PE, e requereu voluntariamente a sua aposentadoria, tendo sido formalizada em 07 de fevereiro de 2017, através da Portaria nº 118/2017 do TRE/PE, anexa; **b) sua aposentadoria foi deferida com proventos integrais, calculados com base na última remuneração do cargo em que se deu a aposentadoria, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional 47/2005, compostos por diversas rubricas, dentre elas, a "Remuneração (antiga opção) da Função Comissionada do nível FC-6 - Acórdão nº 2076/2005 -TCU -Plenário;** **c)** em 01 junho de 2021, os Excelentíssimos Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 2ª Câmara (ACÓRDÃO Nº 8112/2021 - TCU - 2ª Câmara), ante as razões expostas pelo Relator, consideraram ilegal a concessão de aposentadoria em favor da autora; **d)** que a Portaria de aposentadoria emitida pelo TRE-PE, deu-se com base no entendimento perfilhado pelo TCU há mais de 14 (quatorze) anos, no Acórdão nº 2076, de 2005, do Plenário do Tribunal de Contas da União; e) o Acórdão nº 2.076/2005-TCU-Plenário assentiu a concessão da vantagem da opção trazida no Art. 2º, da Lei nº 8.911/94 para os proventos de aposentadoria, desde que o servidor tivesse completado os requisitos temporais impostos pelo Art. 193, da Lei nº 8.112/90 (5 anos consecutivos ou 10 anos interpolados de exercício de cargo/função de confiança), ou seja, sem que houvesse qualquer dependência ou restrição quanto ao preenchimento dos requisitos temporais de contribuição/exercício para aposentadoria. Com isso, busca a anulação do Acórdão do Tribunal de Contas da União - TCU, a fim de que não sobrevenha a cessação do recebimento da vantagem "opção de função" comissionada dos proventos de aposentadoria da servidora/autora; e) chegou a protocolar pedido de reexame perante o TCU, contudo, foi proferido novo

ACÓRDÃO Nº 72/2022 - TCU - 2ª Câmara, anexo, que foi conhecido, porém, julgado improvido no mérito; e) **sem que tenha havido quaisquer alterações fáticas ou legislativas, o Egrégio Tribunal de Contas, mudou o entendimento há muito alicerçado, utilizando com fundamento o disposto no § 2º do Art. 40 da Constituição, com redação da Emenda Constitucional nº 20/98 que, frise-se, já estava vigente desde à época do entendimento Acórdão nº 2076/2005 -TCU.**

Requer, ainda, a concessão do benefício da gratuidade da justiça e da prioridade na tramitação processual.

Eis o que importa relatar. Vieram os autos conclusos. Decido.

Inicialmente, defiro os pedidos da justiça gratuita e da prioridade na tramitação processual.

Quanto ao pedido de tutela de urgência, o seu deferimento pressupõe a existência concomitante da "probabilidade do direito" e o "perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo", equivalentes, respectivamente, ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora* (art. 300, do CPC), dispensando-se este no caso de tutela de evidência (art. 311, do CPC).

Pois bem. A Lei nº 8.112/90 estabeleceu, em seu art. 193, o direito aos aposentados de optar pela aposentadoria com proventos equivalentes à gratificação recebida pelo exercício de função comissionada ou cargo em comissão para a aposentadoria (ao invés dos vencimentos do seu cargo), desde que preenchidos determinados requisitos temporais:

"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.

Posteriormente, a Lei nº 8.911/94 estabeleceu o direito à percepção cumulativa dos vencimentos do cargo com parcela (50%) da vantagem decorrente da função, estendendo-o à inatividade:

Art. 2º É facultado ao servidor investido em cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento, previstos nesta Lei, optar pela remuneração correspondente ao vencimento de seu cargo efetivo, acrescido de cinquenta e cinco por cento do vencimento fixado para o cargo em comissão, ou das funções de direção, chefia e assessoramento e da gratificação de atividade pelo desempenho de função, e mais a representação mensal.

Parágrafo único. O servidor investido em função gratificada (FG) ou de representação (GR), ou assemelhadas, constantes do Anexo desta Lei, perceberá o valor do vencimento do cargo efetivo, acrescido da remuneração da função para a qual foi designado.

(...)

*Art. 11. A vantagem de que trata esta Lei **integra os proventos de aposentadoria e pensões**".(g.n)*

A Medida Provisória nº 831/95 (sucessivamente reeditada e posteriormente convertida na Lei nº 9.527, de 10.12.1997) **revogou** a norma do art. 193 da Lei nº 8.112.

Porém, a Lei 9.624/1998 assim estabeleceu, no caput de seu art. 7º:

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

Diante desse quadro, o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 2.076/2005, entendeu que a vantagem prevista no art. 2º da Lei nº 8.911 era assegurada também aos inativos (desde que satisfeitos os requisitos temporais previstos no art. 193 da Lei n. 8.112, e observado o limite temporal de 18/01/1995, data da MP nº 831/95), ainda que não completados todos os requisitos para a obtenção da aposentadoria.

Assim dispôs o Acórdão nº 2.076/2005 do TCU:

"(...)

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

Conforme observa a autora, o entendimento firmado pelo próprio do TCU, no Acórdão 2076/2005, que vigorou por mais de 14 anos, era no sentido que *"todos os servidores que haviam preenchido os requisitos do art. 193 da Lei 8.112/90 até 18.01.1995, data de sua revogação, passaram a carrear aos proventos a opção, independentemente do momento em que implementassem as condições para aposentadoria"*, sendo adotado inclusive no âmbito do TRF-5.

Todavia, em 2019, o Tribunal de Contas da União passou a entender que a interpretação fixada no Acórdão 2.076/2005 somente teria aplicação até a data de entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/98 (mesmo tendo aquela interpretação sido fixada em 2005, sete anos depois da entrada em vigor da referida Emenda), e aplicou este entendimento à aposentadoria da autora, concedida dois anos antes da mudança deste entendimento:

*"5. Ao analisar o tema sob a ótica do Acórdão 2.076/2005 - Plenário, a Corte de Contas fixou entendimento de que seria assegurado na aposentadoria a vantagem decorrente da opção prevista no art. 2º da Lei nº 8.911/94, aos servidores que, **até a data de 18 de janeiro de 1995**, tenham satisfeito os pressupostos temporais estabelecidos no art. 193 da Lei 8.112/90, ainda que sem os requisitos para aposentação em qualquer modalidade.*

6. Todavia, após a publicação da Emenda Constitucional 20/1998, que inseriu o parágrafo segundo no art. 40 da Constituição Federal, esse entendimento deixou de produzir efeitos:

"Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 2º Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão". (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

7. Assim, a partir daí, os proventos de aposentadoria passaram a ser calculados com base na remuneração do cargo efetivo, de modo que os servidores que passam à inatividade não podem ter proventos superiores aos valores percebidos pelo exercício do seu cargo efetivo enquanto em atividade. Por essa precípua razão, o entendimento fixado no Acórdão 2.076/2005 - Plenário, passou a ter aplicação somente até o dia 16/12/1998, o que me leva a entender que, no caso concreto, a incorporação da vantagem "opção" aos proventos de aposentadoria representa flagrante descumprimento do art. 40, § 2º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998.

8. Relativamente ao caput do aludido art. 40 da Constituição Federal, esta Corte de Contas já se pronunciou mediante o Acórdão 1.286/2008 - Plenário, nos termos seguintes:

"9.2.1. no regime contributivo previdenciário constitucional é vedado ao servidor público carrear para os proventos da aposentadoria ou para a pensão por ele instituída parcela da remuneração sobre a qual não incidiu desconto previdenciário";

9. Nesse diapasão, o Tribunal passou a se manifestar no sentido de que é "vedado o pagamento das vantagens oriundas do art. 193 da Lei 8.112/1990, inclusive o pagamento parcial da remuneração do cargo em comissão ('opção'), aos servidores que implementaram os requisitos de aposentadoria após 16/12/1998, data de publicação da Emenda Constitucional 20, que limitou o valor dos proventos à remuneração do cargo efetivo no qual se deu a aposentadoria" (Ac. 1.599/2019 - Plenário).

10. Por fim, pelas superiores razões aqui elencadas, tendo em vista que a alteração da aposentadoria do Sr. Luiz Pereira da Silva passou a viger em 12/11/2014, portanto após 16/12/1998, entendo que, por se tratar de vantagem que proporciona um acréscimo aos proventos em relação à última remuneração contributiva da atividade, deva ser considerada ilegal a aposentadoria em relevo, negando-se o registro do respectivo ato concessório, por ser indevida a incorporação da função comissionada ("opção"), em face do disposto no art. 40, caput e § 2º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998.

11. Observo, ainda, que o ato (de alteração) em análise deu entrada nesta Corte de Contas em prazo inferior a cinco anos, não sendo aplicável, portanto, o procedimento do contraditório e da ampla defesa determinado pelo Acórdão 587/2011-Plenário.

12. No presente feito, considerando tratar-se de ilegalidade relacionada a processos de concessão, perfilho o entendimento de que o julgamento proposto não implica na obrigatoriedade de ressarcimento das importâncias indevidamente recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento desta deliberação, razão pela qual julgo aplicável o Enunciado 106 da Súmula de Jurisprudência deste Tribunal."

A autora, que se aposentou em 07 de fevereiro de 2017, através da Portaria nº 118/2017 do TRE/PE, defende que a mudança de entendimento do TCU, ocorrida em 10/07/2019, não deveria se aplicar a ela. Alega que a brusca alteração do entendimento do TCU, especialmente sua aplicação à situação específica da autora, ofende a segurança jurídica, bem como ao

disposto no art. 23 da LINDB:

"Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais."

Consoante entendimento sedimentado pelo STF, o ato de aposentadoria dos servidores públicos se classifica como ato administrativo complexo e somente se aperfeiçoa com o registro da aposentadoria pelo TCU.

Deste modo, o que o TCU faz não é rigorosamente revisar o ato de aposentadoria, mas concluí-lo, não se podendo falar em ato jurídico perfeito, prescrição ou fato consumado.

Nada obstante, entendo, ao menos neste juízo de cognição sumária, que a mudança interpretativa do próprio TCU em relação aos casos anteriormente apreciados por aquele órgão de controle, no curso de ato cuja formação já foi iniciada, de acordo com a interpretação estabelecida pelo próprio TCU, ofende à segurança jurídica e implica em retroatividade do entendimento - não ao ato de aposentadoria, em si (que ainda não houvera se concluído), mas ao direito que era reconhecido ao servidor pelo TCU, independentemente do preenchimento dos requisitos para a aposentadoria ("*ainda que sem os requisitos para aposentação em qualquer modalidade*").

Nos termos do art. 2º, XIII da Lei 9.784/99:

*"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência.*

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

*XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada aplicação retroativa de nova interpretação**". (grifei)*

A alteração de entendimento consolidado há mais de uma década não poderia ser assim aplicada automaticamente a quem, como a autora, já estava aposentada. Além do supra citado art. 23, também o art. 24 da LINDB leva à mesma conclusão:

"Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público".

Verifico, assim, a plausibilidade do direito alegado. Na mesma toada, o perigo da demora,

considerando a natureza alimentar da verba que está na iminência de ser retirada dos proventos de aposentadoria da autora.

Ante o exposto, **DEFIRO o pedido de tutela de urgência** para determinar que a Ré se abstenha de aplicar a determinação firmada no ACÓRDÃO Nº 8112/2021, o qual teve como base o Acórdão 1.599/2019 - Plenário/TCU de cessar o adimplemento do pagamento da vantagem de opção que trata o art. 2º da Lei 8.911/1994, e que não cesse o pagamento da vantagem de opção que trata o art. 2º da Lei 8.911/1994, e acaso já cessado, seja de imediato retomado o pagamento da aludida vantagem em benefício da autora.

Intime-se a Ré para cumprimento da presente medida no prazo de 10 (dez dias), CITANDO-a na mesma oportunidade para, querendo, contestar a ação no prazo legal.

P.I.



Processo:

Assinado eletronicamente por:

Edvaldo Batista da Silva Júnior - Magistrado

Data e hora da assinatura: 15/02/2022 22:56:08

Identificador: 4058300.22039541



2202151337021560000022102049

Para conferência da autenticidade do documento:

<https://pje.jfpe.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>

Para acessar o processo originário:

<https://pje.jfpe.jus.br/pje/Processo/ConsultaProcessoOutraSecao/listProcessoCompletoAcessoExterno.seam>