



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Conferência em www.tcees.tc.br
Identificador: 6DF2D-FE9D2-7543E



Decisão 00424/2023-7 - 2ª Câmara

Processo: 20591/2019-1

Classificação: Atos Sujeitos a Registro - Pensão

UG: IPVV - Instituto de Previdência de Vila Velha

Relator: Marco Antônio da Silva

Interessado: RAQUEL MOREIRA SIMOES

**ATOS SUJEITOS A REGISTRO – PENSÃO –
REGISTRO – CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

1. O preenchimento dos requisitos legais e constitucionais, no que se refere ao ato concessório, aliado à correta fixação do valor do benefício, impõe o registro do ato em apreço, ante a sua regularidade.

**O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA
SILVA:**

Versam os presentes autos acerca de **PENSÃO POR MORTE**, concedida à Sra. **Raquel Moreira Simões**, filha menor do ex-segurado, Sr. **Gilmar Simões**, a partir de **26/9/2019**, por meio da **Portaria P 181/2019**, com supedâneo no art. 40, § 7º, inciso II, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 41/2003, c/c o art. 13, inciso I e art. 61, ambos, da Lei Complementar Municipal 22/2012, que se submete à apreciação desta Corte de Contas para fins de **REGISTRO**, na forma do artigo 71, inciso III, da Carta Magna, artigo 71, inciso IV, da Constituição Estadual, e artigo 1º, inciso VI, da Lei Complementar 621/2012.

Ressalte-se que os presentes autos vieram a este Tribunal de Contas na forma física e foram digitalizados/convertidos integralmente em processo eletrônico, conforme Termo de Conversão de Processo Físico em Eletrônico, bem como sua validação de Conversão de Processo Físico para Eletrônico, tendo sido devolvido à origem por meio de protocolo.

A área técnica, através do NRP – Núcleo de Controle Externo de Registro de Atos de Pessoal, nos termos da Instrução Técnica Conclusiva 02219/2022-6, opinou pelo **REGISTRO** do ato.

O Ministério Público Especial de Contas, através do Procurador, Dr. Luciano Vieira, nos termos do Parecer 06043/2022-1, em divergência com o posicionamento da área técnica, pugnou pela **denegação** do registro.

Conforme regular distribuição vieram os autos a este Magistrado de Contas para emissão de relatório e voto para efeito de deliberação do Colegiado, na forma do art. 29 do Regimento Interno, Resolução TC 261/2013.

É o sucinto relatório.

VOTO

Tratam os presentes autos de concessão do benefício de pensão por morte, encaminhado a este Egrégio Tribunal de Contas para efeito de análise e posterior apreciação, em razão da documentação que lhe deu suporte.

1. DAS CONSIDERAÇÕES DE FATO E DE DIREITO:

O benefício foi concedido em cota única, fixado no valor de R\$ 998,00 (novecentos e noventa e oito reais), sendo que a documentação de págs. 4/7, do Evento 2 destes autos, comprova a dependência e o direito da beneficiária à pensão em apreço.

Examinando o feito, verifico que o douto Representante do *Parquet* de Contas divergiu da área técnica, pugnano pela denegação do registro do ato, assim se manifestando, *verbis*:

[...]

Após, veio o feito ao Ministério Público de Contas para manifestação, nos termos do art. 321, § 3º, do RITCEES.

1 – MÉRITO

1.1 Da ausência de autorização para registro do ato de admissão do instituidor do benefício

Denota-se dos assentos funcionais colacionados aos autos, que o instituidor do benefício foi admitido em 9/10/2007, sob o regime estatutário, mediante aprovação em concurso público, regido pelo Edital 001/2005, através da Portaria n. 399, de 17 de setembro de 2007 (fl. 27, evento 2) não constando nos autos informação sobre decisão deste Tribunal de Contas que autorizou o registro do ato de investidura.

Em busca no sistema E-TCEES, não foram encontradas informações acerca da análise do ato admissional do servidor.

Na espécie, necessário enfatizar que a nomeação e posse do servidor ocorreu em 9/10/2007, posteriormente à Resolução TC n. 186 de maio de 2003, que instituiu as normas para a remessa e apreciação por este Tribunal de Contas de atos de admissão, aposentadorias, reformas, transferências para a reserva remunerada, pensões e respectivas revisões, *verbis*:

Art. 1º. A apreciação pelo Tribunal de Contas, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, excetuadas as nomeações para cargos em comissão, na administração pública direta e indireta do Estado e dos Municípios, incluídas as fundações por eles instituídas e mantidas, bem como, dos demais Poderes e do Ministério Público; de concessão de aposentadorias, reformas, transferências para a reserva remunerada, pensões e respectivas revisões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do respectivo ato concessório, será realizada na forma desta Resolução. (g.n.)

Estabelecia o normativo supracitado que para proceder à apreciação da legalidade, para fins de registro dos atos de admissão de pessoal, o Tribunal de Contas deveria examinar, preliminarmente, se houve regular habilitação mediante concurso público nos termos da lei, quando este for exigível para o provimento do cargo ou emprego, devendo, para esse efeito, a autoridade administrativa responsável pela realização do concurso comunicar à Corte de Contas, até 31 de março de cada exercício, a realização de todo e qualquer ato relacionado à admissão do servidor (art. 9º da Resolução TC n. 186/2003).

Outrossim, enfatizava no § 5º do art. 17 da Resolução TC n. 186/2003 que “*sendo o processo de aposentadoria a continuidade do processo de admissão, deverá conter todos os assentamentos funcionais do servidor, até a vigência da aposentadoria*”.

Este órgão do *Parquet*, reiteradamente, tem se manifestado nos autos em tramite nessa Corte de Contas, em casos similares, que a análise de editais de concurso, processos de admissão e aposentadorias por essa Corte são imprescindíveis desde a promulgação do texto constitucional, consoante dispõe o dispositivo 71, inciso III, da CF/88:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

III - **apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título,** na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, **bem como a das concessões de aposentadorias,** reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; (g.n.)

Os Tribunais de Contas, como todo órgão administrativo, devem pautar suas decisões pelo que dispõem a constituição e as leis.

Segundo o princípio da legalidade, pressuposto do Estado de Direito, a Administração Pública deve ser exercida em conformidade com a lei, de modo que os atos administrativos

não podem exceder nem tão pouco se omitir a norma legal.

O referido princípio está disposto no art. 37 da CF/88: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Sua adoção se faz necessária para fortalecer o cumprimento do dever legal e de outros princípios, proporcionando segurança jurídica, proteção e confiança e sua aplicabilidade é medida que se impõe por decorrência da ordem constitucional instaurada e do Estado Democrático de Direito.

Nesta toada, ressalta-se, é ineficaz, por vício de nulidade absoluta, o § 3º do art. 14 da Instrução Normativa TC n. 31/2014, uma vez que implica renúncia de competência dessa Corte de Contas, a qual deve ser exercitada em benefício da sociedade, notadamente, para garantir a preservação dos ditames do concurso público e o equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes próprios de previdência do Estado e Municípios.

Cediço que a competência é requisito de validade do ato administrativo (art. 2º da Lei de Ação Popular – Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965), que apresenta como principais características a irrenunciabilidade, a inderrogabilidade, a improrrogabilidade e a imprescritibilidade.

No tocante à irrenunciabilidade e imprescritibilidade, que interessam à questão posta nos autos, leciona Matheus Carvalho:

“a competência administrativa é irrenunciável, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público. Nesse sentido, a lei nº 9.784/99 define, em seu art. 2º, II, que a atuação administrativa deve ser praticada na busca do interesse geral, “vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competência, salvo autorização em lei.”

“É imprescritível a competência, ou seja, não se extingue com a inércia do agente. Dessa forma, ainda que o agente se exima de praticar as condutas a ele atribuídas, seja por não ocorrência dos pressupostos legais, seja por simples inércia e descumprimento do dever de atuar, não será sancionado com a perda de sua legitimidade”.

Logo, *prima facie*, não merece prosperar o entendimento que vem sendo adotado por esta Corte de Contas, segundo o qual não decorre da Instrução Normativa TC n. 31/2014 qualquer obrigação de que a análise da aposentadoria dependa de prévio registro de ato admissional, pois, trata-se de obrigação imposta pela própria constituição, inderrogável, portanto, por ato normativo infraconstitucional e, muito menos, mediante decisão deliberativa de processo de controle externo.

E, não havendo o ato de admissão sido submetido a seu tempo à apreciação do Tribunal de Contas este deverá fazê-lo na primeira oportunidade que dele tomar conhecimento, pois tem o poder-dever constitucional de zelar pelo concurso público e, sobretudo, pelo aumento de despesa que dele decorre, pois, além de ser imprescritível o exercício desta competência, consoante visto acima, eventuais nulidades na investidura também não se sujeitam ao prazo decadencial para a revisão do ato administrativo, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DISCUSSÃO DE CRITÉRIOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIDOR PÚBLICO. INVESTIDURA. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE. ATO ADMINISTRATIVO NULO. IMPRESCRITIBILIDADE. ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NO STF E STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA DOS PARTICULARES PARCIALMENTE CONHECIDOS, E, NESTE PONTO, NÃO PROVIDOS.

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de que exame dos requisitos de admissibilidade do Recurso Especial demanda a análise das particularidades de cada caso, circunstância que só revelaria o cabimento dos Embargos de Divergência se as questões tratadas nos acórdãos confrontados fossem absolutamente idênticas. É essa a orientação consolidada na Súmula 315/STJ, de que são incabíveis Embargos de Divergência para discutir questões de admissibilidade.

2. Consoante jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, as situações flagrantemente inconstitucionais não podem e não devem ser superadas ou estabilizadas com eventual decurso do tempo. Não havendo

que se falar, assim, em consolidação do ato administrativo.

3. Logo, não incide o instituto da prescrição nas hipóteses em que o Ministério Público busca, por meio de Ação Civil Pública, providências cabíveis para proteger o princípio constitucional do concurso público, visto que o decurso do tempo não tem o condão de convalidar atos de provimento em cargos efetivo sem a devida submissão a concurso público. Grifei e negritei.

4. Embargos de Divergência dos Particulares parcialmente conhecidos, e, neste ponto, não providos.

(EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.518.267 - RN (2015/0041541-2)
RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

Com efeito, desde o advento da Constituição da República de 1988, por força do prescrito em seu artigo 37, inciso II, a investidura em cargo ou emprego público depende da prévia aprovação em concurso público, sendo que a inobservância de tal preceito constitucional resulta em nulidade absoluta das contratações de pessoal pela Administração Pública:

Art. 37 [...] § 2º **A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato** e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei. (g.n.)

Este entendimento também é pacífico no Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a contratação de pessoal pela Administração Pública sem a observância da prévia aprovação em concurso (artigo 37, inciso II, CF/88) se reveste em ato de admissão nulo, conforme se colhe da seguinte ementa, *in verbis*:

Ementa: CONSTITUCIONAL E TRABALHO. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM CONCURSO. NULIDADE. EFEITOS JURÍDICOS ADMISSÍVEIS EM RELAÇÃO A EMPREGADOS: PAGAMENTO DE SALDO SALARIAL E LEVANTAMENTO DE FGTS (RE 596.478 - REPERCUSSÃO GERAL). INEXIGIBILIDADE DE OUTRAS VERBAS, MESMO A TÍTULO INDENIZATÓRIO. **1. Conforme reiteradamente afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição de 1988 reprova severamente as contratações de pessoal pela Administração Pública sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público, cominando a sua nulidade e impondo sanções à autoridade responsável (CF, art. 37, § 2º).** 2. No que se refere a empregados, essas contratações ilegítimas não geram quaisquer efeitos jurídicos válidos, a não ser o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. 3. Recurso extraordinário desprovido. – Grifei e negritei.

(RE 705140, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-217 DIVULG 04-11-2014 PUBLIC 05-11-2014 RTJ VOL-00230-01 PP-00646)

No caso dos autos, conforme destacado no acórdão atacado, é incontroverso que o impetrante foi convocado e nomeado após expirado o prazo de validade do concurso público. Desse modo, como preconiza a própria Constituição Federal, a não observância de concurso público e seu respectivo prazo de validade para a investidura em cargo ou emprego público torna o ato nulo. (...) **É pacífico, nesta Suprema Corte, que, diante de suspeitas de ilegalidade, a Administração Pública há de exercer seu poder-dever de anular seus próprios atos, sem que isso importe em desrespeito ao princípio da segurança jurídica ou da confiança.** (...) Não subsiste o direito alegado pelo recorrido, visto ser impossível atribuir-se legitimidade a qualquer convocação para investidura em cargo público não comissionado realizada depois de expirado o prazo de validade do certame após a promulgação da Constituição Federal de 1988, sob pena de se transpor a ordem constitucional e de se caminhar de encontro aos ditames preconizados pelo Estado Democrático de Direito. Entendo, por conseguinte, não ser possível invocar os princípios da confiança e da boa-fé para amparar a presente demanda, uma vez que a matéria em questão está inserida na ordem constitucional, a todos imposta de forma equânime. **[ARE 899.816 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 7-3-2017, DJE 57 de 24-3-2017.]** (g.n.)

Deste modo, o desrespeito ao mandamento constitucional à prévia aprovação em concurso implica nulidade absoluta da investidura, não produzindo sequer efeitos jurídicos, de modo que, se não há vínculo jurídico preexistente entre a Administração Pública e o servidor, não decorre para este direito de aposentar-se pelo regime próprio de previdência e aos seus dependentes o direito à obtenção de pensão por morte.

Dispõe o art. 40 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro 2019, que “O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.”

O preceptivo constitucional supracitado é de clareza hialina: o regime próprio de previdência abrange, exclusivamente, o servidor público titular de cargo efetivo, o inativo e seus dependentes, constituindo condição *sine qua non* para a percepção dos respectivos benefícios a investidura no cargo mediante concurso público.

A propósito, transcrevem-se as seguintes definições elaboradas pela Secretaria de Previdência do Ministério da Economia:

“Regime Próprio de Previdência Social é um sistema de previdência, estabelecido no âmbito de cada ente federativo, que assegure, por lei, a todos os servidores titulares de cargo efetivo, pelo menos os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos no artigo 40 da Constituição Federal. São intitulados de Regimes Próprios porque cada ente público da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) pode ter o seu, cuja finalidade é organizar a previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo, tanto daqueles em atividade, como daqueles já aposentados e também dos pensionistas, cujos benefícios estejam sendo pagos pelo ente estatal. Desta forma, de um lado, temos o Regime Geral de Previdência Social - RGPS, cuja gestão é efetuada pelo INSS, que vincula obrigatoriamente todos os trabalhadores do setor privado e também os servidores públicos não vinculados a regimes próprios de previdência social e, por outro lado, temos vários regimes próprios de previdência social cujas gestões são efetuadas, distintamente, pelos próprios entes públicos instituidores.”

“O regime de Previdência assegurado exclusivamente aos servidores públicos titulares de cargo efetivo pode ser mantido pelos entes públicos da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sendo, neste caso, denominado de Regime Próprio de Previdência Social – RPPS e suas normas básicas estão previstas no artigo 40 da Constituição Federal e na Lei 9.717/98.”

Reproduz-se, ainda, o art. 2º da Orientação Normativa n. 3, de 13 de agosto de 2004, da Secretaria de Previdência Social, do então Ministério da Previdência Social, que dita normas para os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos titulares de cargos efetivos, dos magistrados, Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas, membros do Ministério Público e de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações:

Art. 2º Para os efeitos desta Orientação Normativa, considera-se:

I - regime próprio de previdência social, o sistema de previdência, estabelecido no âmbito de cada ente federativo, que assegure, por lei, a servidor titular de cargo efetivo, pelo menos os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos no art. 40 da Constituição Federal;

II - ente federativo, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

III - unidade gestora, a entidade ou órgão integrante da estrutura da administração pública de cada ente federativo que tenha por finalidade a administração, o gerenciamento e a operacionalização do regime próprio, incluindo a arrecadação e gestão de recursos e fundos previdenciários, a concessão, o pagamento e a manutenção dos benefícios;

IV - cargo efetivo, o conjunto de atribuições, deveres e responsabilidades específicas previstas na estrutura organizacional dos entes federativos cometidas a um servidor aprovado por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos;

V - carreira, a sucessão de cargos efetivos, estruturados em níveis e graus segundo sua natureza, complexidade e grau de responsabilidade, de acordo com o plano definido por lei de cada ente federativo;

VI - tempo de efetivo exercício no serviço público, o tempo de exercício de cargo, função ou emprego público, ainda que descontínuo, na Administração direta, autárquica, ou fundacional de qualquer dos entes federativos;

VII - remuneração do cargo efetivo, o valor constituído pelos vencimentos e vantagens pecuniárias permanentes desse cargo estabelecidas em lei, acrescido dos adicionais de caráter individual e das vantagens pessoais permanentes; e

VIII - recursos previdenciários, as contribuições e quaisquer valores, bens, ativos e seus rendimentos vinculados ao regime próprio ou ao fundo de previdência, de que trata o art. 6º da Lei nº 9.717, de 1998.

Parágrafo único. Para os efeitos do disposto no inciso V, será também considerado como tempo de carreira o tempo cumprido em emprego, função ou cargo de natureza não efetiva até 16 de dezembro de 1998. (g.n.)

Na mesma esteira, a conclusão do PARECER/MPS/CJ/Nº 3333/2004, do Ministério da Previdência Social:

“aplica-se a exegese literal do art. 40 da Constituição da República aos servidores admitidos no serviço público após a promulgação da Constituição de 1988, somente sendo aplicável o regime previdenciário próprio previsto no caput do citado artigo aos servidores nomeados para cargo de provimento efetivo”.

Em idêntica direção fixou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Servidores públicos detentores da estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT. Inclusão no regime próprio de previdência social. Impossibilidade. (...) **Os servidores abrangidos pela estabilidade excepcional prevista no art. 19 do ADCT não se equiparam aos servidores efetivos, os quais foram aprovados em concurso público.** Aqueles possuem somente o direito de permanecer no serviço público nos cargos em que foram admitidos, **não tendo direito aos benefícios privativos dos servidores efetivos. Conforme consta do art. 40 da CF, com a redação dada pela EC 42/2003, pertencem ao regime próprio de previdência social tão somente os servidores titulares de cargos efetivos** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

[ARE 1.069.876 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 27-10-2017, 2ª T, DJE de 13-11-2017] (g.n.)

Desta forma, apenas ao servidor regularmente investido em cargo público efetivo e a seus dependentes são assegurados benefícios e pensões pelo regime próprio de previdência social, beirando-se à teratologia qualquer linha interpretativa que faça a desassociação entre o exame de legalidade do ato de provimento e dos subsequentes atos que concedem ao servidor, ou aos seus dependentes, quaisquer benefícios previdenciários à custa deste regime, o que tergiversa com o respectivo equilíbrio financeiro e atuarial.

Por consectário, a prévia análise da legalidade do ato de admissão e a correlata autorização de registro pelo órgão constitucional de controle externo, consoante dispõe o dispositivo 71, inciso III, da CF/88, reveste-se de verdadeira *conditio juris* para o registro do ato de concessão de aposentadorias e/ou de pensões por morte relativo ao mesmo vínculo funcional.

Deve-se rememorar o verbete da Súmula 004/2019-1 deste egrégio Tribunal de Contas:

A ausência do registro de admissão de servidor, decorrente de aprovação em concurso público realizado em período anterior à vigência da Resolução TC n. 186/2003, não induz à anulação do respectivo ato e nem inibe posterior concessão de aposentadoria ou pensão dele advinda, quando comprovado documentalmente o exercício do servidor no órgão de origem, haja vista a preservação dos princípios da razoabilidade e da segurança jurídica, restando-se presumida a boa-fé do beneficiário. Acórdão 00553/2019-7, do Processo TC-02617/2019-3. (g.n.)

Destaca-se, ademais, que este Tribunal de Contas em diversas oportunidades proferiu decisões que determinaram o retorno de processos ao órgão de mesma natureza ao órgão de origem para a comprovação da indispensável autorização de registro do ato de admissão ou, em caso negativo, o envio destes à Corte para deliberação, consoante se vê dos seguintes processos: TC n. 04201/2017-9, TC n. 00148/2017-1, TC n. 06652/2017-6 e TC n. 02347/2017-1.

É o que se verifica, também, na Decisão Monocrática TC-00124/2019-1 proferida no processo TC n. 03226/2016-9, *verbis*:

Decisão Monocrática TC-00124/2019-1

Considerando a Instrução Técnica Preliminar 840/2018 do Núcleo de Controle Externo de Registro de Atos de Pessoal – NRP, fls. 271/274, que pugnou pela devolução dos autos ao órgão de origem para que encaminhe a este Tribunal o Processo relativo ao Edital de Concurso Público nº 001/2003/SESA, juntamente com os demais processos individuais de

admissão decorrentes do referido concurso, nos termos da Instrução Normativa TC 38/2016, para análise nos termos regimentais.

Considerando a Manifestação do Ministério Público de Contas 0005/2019-5, da lavra do Ilustre Procurador de Contas, Dr. Luciano Vieira.

Considerando que as admissões de servidores efetivos pelas Administrações Municipais e Estadual estão sujeitas a apreciação do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, conforme expressa disposição inscrita no Art. 71, IV da Constituição Estadual e Art. 1º, V da Lei nº 621/2012;

DECIDO, nos termos do artigo 63, inciso III da LC 621/12, pela NOTIFICAÇÃO do Prefeito do município da Serra, para que, no prazo previsto no parágrafo único do art. 34 da IN 38/2016, com nova redação dada pela IN 045/2018 (prazo: 30 de abril de 2019), encaminhe a este Tribunal de Contas o Processo relativo ao Edital de Concurso nº 001/2003/SESA, bem como o processo individual da interessada, juntamente com os demais processos individuais de admissão, para instrução e apreciação, nos moldes preconizados na IN TC 38/2016, para posterior apreciação dos presentes autos. (g.n.)

Não se trata, portanto, de uma faculdade, mas de um poder-dever, o que implica um dever de agir, razão pela qual o Tribunal de Contas, nessas hipóteses, deve obrigatoriamente, atuar conforme determina o texto constitucional, não podendo desta competência renunciar ou declinar.

Salienta-se que é no bojo do processo relativo ao concurso público que se analisa a observância do art. 37, incisos I, II e III, da Constituição Federal, art. 32, incisos I, II, III e IV, da Constituição Federal e art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal, cuja inobservância implica nulidade de pleno direito do ato, de modo que não é relevante o decurso do tempo desde a realização do certame, por se tratar de vício insanável e, caso constatado, fulmina os atos de admissões dele decorrentes.

Assim sendo, como precedente lógico e necessário, mister se faz a análise do ato admissão do ex-servidor e do respectivo edital de concurso, cuja legalidade é indispensável para o registro do ato concessório de pensão por morte.

1.2 – Da insuficiente fundamentação do ato concessório

Conforme salientado, trata-se de ato de pensão por morte (Portaria P n. 181, de 29 de novembro de 2019, fl. 38, evento 2) nos termos do art. 40, § 7º, inciso II, da CF/1988 c/c arts. 13, inciso I, e 61 da Lei Complementar Municipal n. 022/2012.

A pensão por morte constitui-se em benefício previdenciário pago em decorrência do falecimento de segurado e será concedida nos termos de lei do respectivo ente federativo, assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei, nos termos dos §§ 7º e 8º do art. 40 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 103/2019.

Esclareça-se, porém, que os benefícios previdenciários se regem pelo princípio do tempus regit actum, segundo o qual incidirá a lei vigente à época do implemento dos requisitos para a sua obtenção, que no caso da pensão por morte é a data do falecimento do instituidor.

À época do óbito deste vigoravam as normas do art. 40, §§ 7º e 8º, da Constituição Federal, com redação dada pela EC n. 41/2003, segundo as quais, para os óbitos ocorridos quando os servidores já estão aposentados, o valor da pensão será o equivalente ao valor do provento até o teto do benefício do regime geral de previdência social, acrescido de 70% da parcela excedente a esse limite (inciso I) e, quando o óbito ocorrer em atividade, o valor da pensão será a totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o teto do regime geral de previdência social, acrescido de 70% da parcela excedente a este limite (inciso II), assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

No caso vertente, o benefício, derivado do óbito do instituidor, ocorrido em 26/09/2019 (fl. 4, evento 2), que se encontrava em atividade, foi concedido à filha, conforme certidão de nascimento colacionada à fl. 7, evento 2, cuja dependência econômica é presumida, nos termos do art. 13, § 2º, da Lei Complementar Municipal n. 022/2012.

Desse modo, restam verificados o óbito do instituidor, a percepção de remuneração decorrente do exercício de cargo efetivo no serviço público e a qualidade do beneficiário, conforme art. 13, inciso II, da Lei Complementar Municipal n. 022/2012.

A pensão, no valor de R\$ 998,00, foi fixada conforme a última remuneração do instituidor, nos acrescida de complemento para atingir o salário-mínimo vigente, no montante de R\$ 181,52, foram fixados em conformidade nos termos dos arts. 7º, inciso IV, 39, § 3º, 40, §§ 2º e 7º, inciso I, e 201, § 2º, da Constituição Federal e art. 61, inciso II, da Lei Complementar Municipal n. 022/2012 (fls. 22 e 34, evento 2).

Nada obstante, dispõe o art. 16 da IN TC n. 31/2014 que o ato de concessão de pensão será remetido ao Tribunal de Contas por protocolo eletrônico, o qual deverá estar devidamente assinado pela autoridade competente e conter o nome do servidor falecido e o cargo que ocupava, bem como o(s) nome(s) do(s) beneficiário(s), vigência do benefício, o amparo legal da concessão, data e assinatura da autoridade competente.

A portaria elaborada pelo Instituto de Previdência não menciona a integralidade dos dispositivos constitucionais que regulamentam a forma de fixação e revisão do benefício concedido, omitindo o art. 40, §§ 2º, e 8º, da Constituição Federal, os arts. 61. Inciso II, 75 e 90 da Lei Complementar Municipal n. 022/2012 e o art. 15 da Lei n. 10.887/2004.

Nos termos dos arts. 3º e 10 da LC n. 95/1998, a parte normativa de uma lei compreende o texto das normas de conteúdo substantivo relacionadas com a matéria regulada e é articulado em artigos, os quais "desdobrar-se-ão em parágrafos ou em incisos; os parágrafos em incisos, os incisos em alíneas e as alíneas em itens."

Desse modo, a fundamentação legal do ato não se faz apenas pela indicação do número da lei, mas dos exatos dispositivos que regulam o direito, que podem estar contidos em artigos e parágrafos ou mesmo em incisos e alíneas.

Lado outro, a regra geral, após o advento da Emenda Constitucional n. 41/2003, consoante art. 40, § 8º, da Constituição Federal, é a de que o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, será efetuado conforme critérios estabelecidos em lei, os quais foram regulamentados pelo art. 15 da Lei n. 10.887, de 18 de junho de 2004.

Contudo, em razão da omissão do ato ora em exame, deve-se advertir ao órgão gestor do benefício sobre a aplicação do princípio *tempus regit actum* às concessões de pensões por morte, assim expresso no verbete n. 359 da Súmula do Supremo Tribunal Federal:

Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários. (redação original)

Aposentadoria. Direito adquirido. Se, na vigência da lei anterior, o funcionário preencher todos os requisitos exigidos, o fato de, na sua vigência, não haver requerido a aposentadoria não o faz perder o seu direito, que já havia adquirido. (alterada)

No mesmo sentido, as seguintes teses de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal:

Tema 334 - RE 630521

Para o cálculo da renda mensal inicial, cumpre observar o quadro mais favorável ao beneficiário, pouco importando o decesso remuneratório ocorrido em data posterior ao implemento das condições legais para a aposentadoria, respeitadas a decadência do direito à revisão e a prescrição quanto às prestações vencidas.

Tema 165 – RE 597389

A revisão de pensão por morte e demais benefícios, constituídos antes da entrada em vigor da Lei 9.032/1995, não pode ser realizada com base em novo coeficiente de cálculo estabelecido no referido diploma legal.

No MS 37946/DF, Relator Ministro Edson Fachin, o Excelso Supremo reafirma a aplicação desse princípio aos atos de concessão de pensão por morte, *ipsis litteris*:

"Inicialmente, assento a jurisprudência consolidada neste Supremo Tribunal Federal quanto à incidência, aos benefícios previdenciários, da lei em vigência ao tempo em que preenchidos os requisitos necessários à sua concessão. Trata-se da regra *tempus regit*

actum, a qual, aplicada ao ato de concessão de pensão por morte, significa dizer: a lei que rege a concessão do benefício de pensão por morte é a vigente na data do óbito do segurado. (g.n.)

Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. FISCAIS DE RENDA. PENSÃO POR MORTE.

1) A pensão por morte rege-se pela legislação em vigor na data do falecimento do segurado. Princípio da lei do tempo rege o ato (*tempus regit actum*). Precedentes.

2) Impossibilidade de análise de legislação local (Lei Complementar estadual n. 69/1990 e Lei estadual n. 3.189/1999). Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental ao qual se nega provimento (ARE 763.761-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 10.12.2013). Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo.

2. Pensão por morte. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que o valor da pensão por morte deve observar o padrão previsto ao tempo do evento que enseja o benefício. *Tempus regit actum*.

3. Evento instituidor do benefício anterior à vigência da Emenda Constitucional 20/1998. Descabe emprestar eficácia retroativa à diretriz constitucional.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (ARE 717.077-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 12.12.2012).

PREVIDENCIÁRIO PENSÃO POR MORTE LEGISLAÇÃO APLICÁVEL DATA DO ÓBITO.

Aplica-se ao benefício de pensão por morte a lei vigente à época do óbito do instituidor.

(ARE 644801 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 24.11.2015).

A tese foi assentada, inclusive, no julgamento do RE 597.389-RG-QO (Tema 165), sob a sistemática da Repercussão Geral.”

A integralidade e paridade são regras previdenciárias nevrálgicas, das quais nenhum controle efetivo de legalidade de um ato de inatividade ou pensão pode passar ao largo, sob pena de se conceder um cheque em branco ao órgão gestor de previdência.

A precisa indicação dos dispositivos legais e constitucionais que fundamentam a concessão de benefícios previdenciários, bem como a fixação e revisão dos proventos de aposentadoria, pensões, transferência e reserva remunerada, é imprescindível para o controle do ato e dos prospectivos efeitos em razão princípio *tempus regit actum*.

Logo, devem constar da fundamentação do ato os §§ 2º, e 8º, do art. 40 da CF/1988, os arts. 61, inciso II, 75 e 90 da Lei Complementar Municipal n. 022/2012 e o art. 15 da Lei n. 10.887/2004

1.3 – Da insuficiente fundamentação da fixação do benefício

O servidor ocupava o cargo Auxiliar de Enfermagem, Grupo I, Subgrupo A, Faixa 1 (fl. 34, evento 2), cuja remuneração é importante limitador para a fixação do montante da pensão por morte, consoante art. 40, § 7º, inciso II, da Constituição Federal.

No demonstrativo de fixação do benefício não foi apontada a fundamentação legal do vencimento do cargo, base de cálculo do valor da pensão.

Em pesquisa à legislação (<https://processos.vilavelha.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/L52042011.html?identificador=39003100370031003A004C00>), observa-se tratar da Lei n. 5.204, de 17 de novembro de 2011, que “institui o plano de cargos, carreira e vencimentos dos profissionais de saúde do Município de Vila Velha”, referenciada à fl. 23, evento 2, não havendo, contudo, coincidência entre o valor do vencimento constante do último contracheque (fl. 22, evento 2) e da da planilha de fixação de proventos, com aquele fixado no anexo III da referida lei.

Assim, deve ser informada na planilha/demonstrativo de fixação do benefício a lei que fixou o subsídio/vencimento do cargo, bem como todas as leis posteriores que tenham modificado o seu valor, providência indispensável para demonstrar o cumprimento do art. 40, § 2º, da Constituição Federal, com redação dada pela EC n. 20/1998.

Assinala-se que o Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 636553/RS, reiterou pacificada jurisprudência, no sentido de que o ato desta natureza é complexo, sendo “*Necessária a conjugação das vontades do órgão de origem e do Tribunal de Contas*”, de modo que não pode este órgão de controle integrar e nem sobrepor a prática de atos de competência exclusiva do órgão administrativo, cabendo-lhe tão somente o controle a posteriori da legalidade.

A função fiscalizatória do ato consiste na verificação da sua legalidade mediante a exame da correta subsunção dos fatos às normas que fundamentam o benefício. Logo, compete ao órgão concessor indicar precisamente, além dos dispositivos legais que servem de suporte a cada rubrica dos proventos, a documentação onde consta a comprovação dos elementos fáticos que ocasionaram a aquisição do direito, não cabendo aos auditores desta egrégia Corte de Contas e nem a este *Parquet* o levantamento das aludidas fundamentações, as quais devem estar consignadas no demonstrativo, mas apenas certificar suas correções à luz da documentação apresentada.

É a administração que tem a praxe na aplicação das normas do regime jurídico dos servidores, que abrangem diversas categorias funcionais, às quais são conferidos diferentes direitos e vantagens por inúmeras e específicas leis, cabendo-lhe, portanto, demonstrar os elementos fáticos e jurídicos constitutivos das parcelas que integram os cálculos dos proventos e ao Tribunal de Contas conferir a sua exatidão.

2 – CONCLUSÃO

Posto isso, oficia o **Ministério Público de Contas**:

2.1 - com fulcro no art. 117, inciso II, da LC n. 621/2012, pela denegação de autorização para registro do ato;

2.2 - com espeque no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c art. 119 da LC n. 621/2012, seja assinalado prazo máximo de 15 (quinze) dias para que o órgão de origem cesse ou adeque o pagamento do benefício, sob pena de ressarcimento das quantias pagas indevidamente e responsabilização solidária da autoridade competente;

2.3 - seja dispensada a reposição das importâncias indevidamente recebidas de boa-fé pelo beneficiário;

2.4 - seja determinado ao órgão que comunique aos interessados acerca da deliberação do Tribunal, alertando-o que o efeito suspensivo proveniente da interposição de eventuais recursos não os exime da devolução dos valores percebidos indevidamente após a respectiva notificação, caso esses não sejam providos;

2.5 - seja esclarecido ao órgão de origem que novo ato poderá ser editado mediante a supressão das irregularidades ora verificadas. – g.n.

Do compulsar o Parecer do Órgão Ministerial, vislumbro que a sua fundamentação para propor a denegação do registro, do ato em voga, se embasa na ausência de autorização para registro do ato de admissão do instituidor do benefício (**item 1.1**); ausência de indicação no ato concessor, dos §§ 2º e 8º, do art. 40 da Constituição Federal, do art. 15, da Lei 10.887/2004, bem como dos artigos 61, inciso II, 75 e 90 da Lei Complementar Municipal 022/2012 (**item 1.2**); insuficiente fundamentação da fixação dos proventos (**item 1.3**).

No tocante ao **item 1.1** – “Da ausência de autorização para registro do ato de admissão do instituidor do benefício” – do Parecer Ministerial, há que se considerar, conforme o disposto no art. 14, § 3º da IN/TC 31/2014, resta pacificado

nesta Corte de Contas que a ausência de registro do ato admissional editado antes da IN/TC 31/2014 não obsta ao registro da aposentadoria, pensão ou outro benefício posterior, mas somente as admissões ocorridas após a vigência da referida norma.

Neste viés, julgo pertinente destacar que tanto a Súmula TC 04/2019, bem como a Resolução TC 186/2003, não obrigam o registro da admissão previamente ao registro da aposentadoria ou outra concessão de benefício posterior, o que se fez somente através da IN/TC 31/2014, conforme transcrito:

[...]

Súmula 04: A ausência de registro de admissão de servidor, decorrente de aprovação em concurso público realizado antes da vigência da Resolução TC 186/2003, não induz à anulação do respectivo ato, nem inibe posterior concessão de aposentadoria dele advinda, quando comprovado documentalmente o exercício do servidor no órgão de origem, haja vista a preservação dos princípios da razoabilidade e da segurança jurídica, restando presumida a boa-fé do beneficiário. – g.n.

Não se vislumbra, portanto, da mencionada Súmula, imposição no sentido de que, para se registrar a aposentadoria, pensão ou outro benefício posterior à admissão, ocorrida após a Resolução TC 186/2003 e antes da IN/TC 31/2014, essa tenha que ser previamente registrada.

Constato, sim, a expressão de entendimento do Colegiado no sentido de que a ausência de registro da admissão ocorrida antes da Resolução TC 186/2003 não torna nulo o ato admissional, nem pode prejudicar a concessão de aposentadoria decorrente de tal admissão, não fazendo menção às admissões após a referida resolução e a IN/TC 31/2014.

A Instrução Normativa/TC 31/2014, por seu turno, que o douto Representante do *Parquet* de Contas entende e afirma ser inconstitucional, estabeleceu expressamente em seu art. 14, § 3º, que os processos de admissões efetivadas após a sua vigência, em 2014, devem ser apreciados e registrados antes da aposentadoria e outros benefícios posteriores, como transcrito, *litteris*:

[...]

Art. 14 - omissis.

§ 3º- As admissões efetivadas após a entrada em vigor desta Instrução Normativa deverão ser previamente apreciadas para o registro da posterior aposentadoria, transferência para a reserva remunerada, reforma, e eventual pensão. – g.n.

Assim sendo, o entendimento expressado tem sido no sentido de que nem a Súmula/TC 004/2019, nem a Resolução TC 186/2003 contêm previsão de apreciação prévia da admissão e do respectivo edital de concurso público, como condição para apreciação e registro da aposentadoria, pensão, ou outro benefício previdenciário posterior.

Repisa-se, essa condição é estabelecida somente pela IN/TC 31/2014, no seu artigo 14, § 3º, e somente para as admissões ocorridas a partir da sua vigência, ou seja, a partir de 2014.

Quanto ao **item 1.2** – “Da insuficiente fundamentação do ato concessório”, donde questiona o Eminentíssimo Procurador de Contas da ausência de indicação, no ato concessório, dos §§ 2º e 8º, do art. 40 da Constituição Federal, do art. 15, da Lei 10.887/2004, bem como dos artigos 61, inciso II, 75 e 90 da Lei Complementar Municipal 22/2012.

Não vislumbro prejudicialidade ao registro do ato, visto que o § 2º do art. 40 da Constituição Federal, assim como o art. 61, inciso II, do diploma municipal, apenas estabelecem que o valor do benefício fixado não pode exceder ao da última remuneração do instituidor da pensão, e, considerando a concessão do benefício com fulcro no inciso II, § 7º, do art. 40 da mesma Carta Magna, não há como o valor fixado ser superior à última remuneração do instituidor da pensão.

O § 8º, do mesmo art. 40, da Constituição Federal, os artigos 75 e 90 da Lei Complementar Municipal 22/2012 e o art. 15 da Lei 10.887/2004, tratam da revisão anual do benefício, não se confundindo com os casos de pensionistas de servidores aposentados pelo art. 3º da EC 47/2005, além de serem repetitivos.

Em relação ao **item 1.3** – “Da insuficiente fundamentação da fixação do benefício” –, aduz o Eminentíssimo Procurador de Contas da ausência de indicação, na planilha de fixação dos proventos, da fundamentação legal da rubrica “vencimento do cargo”, bem como da divergência entre os valores constantes do último contracheque do servidor, em atividade, da planilha de fixação com àquele fixado Anexo III da Lei Municipal 5204/2011.

Contudo, o douto Procurador de Contas aponta, nos termos do Parecer Ministerial, que a fundamentação legal da rubrica “vencimento do cargo” é extraída da Lei Municipal 5204/2011, e, quanto à divergência do valor do vencimento fixado que consta do último contracheque do servidor e a referida Lei, vale ressaltar que o valor do benefício de pensão tem que ser calculado com base no último contracheque do seu instituidor, nos termos dos §§ 2º e 7º do art. 40 da Constituição Federal, o que restou observado conforme assentado pela área técnica nos termos da Instrução Técnica Conclusiva.

Assim sendo, entendo assistir razão à área técnica que opinou pelo registro do ato, motivo pelo qual acolho tal entendimento, adotando-o como razão de decidir e dirijo do Ministério Público Especial de Contas que pugnou pela denegação de registro, conforme razões trazidas.

Afinal, a documentação constante dos autos, bem como o fundamento legal do ato concessório evidenciam a regularidade do benefício em apreço.

2. DO DISPOSITIVO:

Ante o exposto, acolhendo o posicionamento da área técnica e divergindo do posicionamento do Ministério Público Especial de Contas, proponho **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de **Decisão** que submeto à sua consideração.

MARCO ANTONIO DA SILVA

Relator

1. DECISÃO TC-0424/2023-7:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas, em:

1.1. REGISTRAR a Portaria P 181/2019, que concedeu pensão por morte à Sra. **Raquel Moreira Simões**, filha menor do ex-segurado, Sr. **Gilmar Simões**, a partir de **26/9/2019**, no valor de **R\$ 998,00** (novecentos e oitenta e oito reais);

1.2. DAR CIÊNCIA aos interessados;

1.3. ARQUIVAR o processo em tela.

2. Unânime.

3. Data da sessão: 10/02/2023 - 3ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente) Domingos Augusto Taufner e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

4.2. Conselheiro Substituto: Marco Antonio da Silva (relator).

5. Procurador de contas em substituição ao procurador-geral Luciano Vieira.

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente