

GRUPO I – CLASSE I – Primeira Câmara

TC 028.141/2019-9.

Natureza: Pedido de reexame (Aposentadoria).

Órgão: Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região/DF e TO.

Interessado: Flavio Augusto Sabba Franco (221.112.121-72).

Representação legal: não há.

SUMÁRIO: APOSENTADORIA. INCORPORAÇÃO DA PARCELA “OPÇÃO”, CONSIDERADA ILEGAL POR VIOLAR A REGRA CONSTITUCIONAL, INTRODUZIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 20/1998, QUE LIMITA O VALOR DOS PROVENTOS À REMUNERAÇÃO DO CARGO EFETIVO. PEDIDOS DE REEXAME. CONHECIMENTO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA MODIFICAR O ACÓRDÃO RECORRIDO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório, com os devidos ajustes de forma, a instrução elaborada no âmbito da Secretaria de Recursos (peça 24), com a qual se manifestou de acordo o corpo gerencial daquela unidade técnica especializada (peça 25), a seguir transcrita:

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de pedidos de reexame (peças 11 e 19 a 23) interpostos pelo Sr. Flavio A Sabba Franco e pelo próprio TRT da 10ª Região contra o Acórdão 14576/2019–TCU–1ª Câmara (peça 7), que teve como relator o Excelentíssimo Senhor Ministro-Substituto Weder de Oliveira.

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de ato de concessão de aposentadoria ao Sr. Flávio Augusto Sabba Franco, emitido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região/DF e TO (TRT-10).

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 1ª Câmara, diante das razões expostas pelo relator, em:

9.1. considerar ilegal o ato de aposentadoria do Sr. Flávio Augusto Sabba Franco (38328/2017, peça 2), recusando-lhe o registro, nos termos do § 1º do art. 260 do RI/TCU;

9.2. dispensar a devolução dos valores indevidamente recebidos de boa-fé pelo Sr. Flávio Augusto Sabba Franco, nos termos da Súmula 106 deste Tribunal;

9.3. determinar ao Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região/DF e TO que:

9.3.1. no prazo de 15 (quinze) dias, cesse quaisquer pagamentos ao Sr. Flávio Augusto Sabba Franco decorrentes do ato considerado ilegal, comunicando ao TCU as providências adotadas, nos termos do art. 262, caput, do RI/TCU, e do art. 8º, caput, da Resolução TCU 206/2007, sob pena de responsabilidade solidária do responsável pela omissão;

9.3.2. dê ciência do inteiro teor desta deliberação ao interessado, alertando-o de que o efeito suspensivo proveniente da interposição de eventuais recursos perante o Tribunal não o exime da devolução dos valores percebidos indevidamente após a respectiva notificação, caso esses não sejam providos, devendo encaminhar os comprovantes dessa notificação a esta Corte no prazo de até 30 (trinta) dias;

9.3.3. cadastre novo ato de concessão de aposentadoria livre das irregularidades apontadas, submetendo-o no prazo de 30 (trinta) dias à apreciação deste Tribunal, nos termos do art. 262, caput e § 2º, do RI/TCU, e 19, § 3º, da Instrução Normativa TCU 78/2018; 9.4. encerrar e arquivar os presentes autos.

(destacamos e sublinhamos)

HISTÓRICO

2. O ato de aposentadoria do Sr. Flavio Augusto Sabba Franco foi julgado ilegal, em virtude de constar a incorporação da parcela denominada “opção” (vide ato de peça 2).

2.1. Sobre o instituto da “opção”, o Excelentíssimo Senhor Ministro Benjamin Zymler, por ocasião da apreciação do TC 027.914/2013-5 (Acórdão 2.988/2018–TCU–Plenário, Sessão de 12/12/2018) elaborou em seu voto revisor, cujas razões foram integralmente acolhidas pela relatora, ministra Ana Arraes, didático e esclarecedor histórico, o qual será apresentado abaixo, com alguns ajustes de forma, supressões e adições.

Da vantagem “opção”

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

2.3. Era um direito conferido ao servidor ocupante de cargo efetivo, que assumia cargo em comissão ou função de confiança, de continuar a ser remunerado com base em seu cargo efetivo, mas com acréscimo decorrente do exercício do novo cargo/função.

2.4. A vantagem tinha por objetivo conferir estímulo financeiro para que o servidor efetivo ocupasse cargo em comissão cuja remuneração fosse inferior à do cargo efetivo.

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

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

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

2.6. Igual disciplina foi mantida pelo Decreto-Lei 1.445/1976 (que tratava da remuneração dos servidores civis do Poder Executivo, dentre outros). Segundo o art. 3º, a vantagem correspondia a 20% do vencimento do Grupo Direção e Assessoramento Superiores (DAS).

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

2.8. O Decreto-Lei 2.270/1985, por exemplo, permitiu a inclusão da vantagem “representação mensal” no cálculo da vantagem “opção”. O Decreto-Lei 2.365/1987 (art. 10) elevou o percentual para 50% e a Lei 7.706/1988 (art. 4º), para 55%.

2.9. A Lei 8.538/1992 alterou a composição da parcela “opção”, que foi acrescida de 55% da gratificação GADF (Gratificação de Atividade por Desempenho de Função), criada pela Lei Delegada 13/1992.

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

2.11. A Lei 8.911/1994 disciplinou o cálculo da opção para os servidores do Poder Executivo, além de tratar do instituto da incorporação de “quintos”, previsto no art. 62 da Lei 8.112/1990. À guisa de clareza, transcrevo o citado dispositivo:

Lei 8.911/1994

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

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

2.12. A remuneração dos cargos em comissão prevista na Lei 8.911/1994 e que servia de base de cálculo para a vantagem “opção” continuou a ser composta de vencimento básico, GADF e representação mensal.

2.13. As alterações no cálculo da vantagem “opção” continuaram ao longo do tempo. Cito, por exemplo, a Lei 9.030/1995, que estabeleceu que a vantagem equivaleria a 25% da remuneração total do cargo ou função, para os DAS 4 a 6 (art. 2º), que passou a ser paga em rubrica única (sem GADF ou representação mensal). Também previu o pagamento de uma parcela variável, equivalente à diferença entre a remuneração efetiva e a remuneração do cargo em comissão.

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

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

2.16. Importante registrar que algumas funções – geralmente as de menor valor e ocupadas exclusivamente pelos servidores efetivos – são pagas em valor integral, juntamente com a remuneração do cargo efetivo.

2.17. São as chamadas funções gratificadas ou funções de representação (*vide* parágrafo único do art. 2º da Lei 8.911/1994). Diversamente dos cargos em comissão, que exigem o afastamento do servidor de seu cargo efetivo, as funções gratificadas não constituem cargo à parte. São apenas gratificações pagas aos servidores efetivos em razão da assunção de maiores responsabilidades.

2.18. Nesses casos, o servidor não recebe a “opção” – já que não tem entre o que optar –, mas, sim, o valor da função gratificada, juntamente com a remuneração de seu cargo efetivo.

2.19. As vantagens decorrentes do exercício de cargo em comissão/função de confiança e função gratificada são de natureza *pro labore faciendo*, assim como adicionais pagos em razão das condições específicas de trabalho (insalubridade, trabalho noturno, etc.). Ou seja, são de natureza transitória, uma vez que o servidor somente a elas faz jus quando no exercício do cargo ou função.

2.20. Uma vez que a aposentadoria ocorre no cargo efetivo e os proventos guardam relação com esse cargo, não há como imaginar que vantagens associadas ao cargo em comissão possam compor os proventos de aposentadoria, salvo autorização legal. Isso em virtude do princípio da legalidade. De fato, não se pode relegar ao oblívio a lição de Hely Lopes Meirelles:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim” (*in* Direito Administrativo Brasileiro, 33ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 87-88).

2.21. A Lei 8.112/1990 disciplinou a matéria nos seguintes termos:

Art. 193. O servidor que tiver exercido função de direção, chefia, assessoramento, assistência ou cargo em comissão, por período de 5 (cinco) anos consecutivos, ou 10 (dez) anos interpolados, poderá aposentar-se com a gratificação da função ou remuneração do cargo em comissão, de maior valor, desde que exercido por um período mínimo de 2 (dois) anos.

§ 1º Quando o exercício da função ou cargo em comissão de maior valor não corresponder ao período de 2 (dois) anos, será incorporada a gratificação ou remuneração da função ou cargo em comissão imediatamente inferior dentre os exercidos.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo exclui as vantagens previstas no art. 192, bem como a incorporação de que trata o art. 62, ressalvado o direito de opção (grifos acrescidos).

- 2.22. É sobretudo importante ressaltar que o direito de opção, que consta no § 2º *supra*, diz respeito à opção entre as vantagens dos quintos, da prevista no art. 193 e do art. 192 – e não à parcela vulgarmente chamada de “opção”.
- 2.23. A composição dos proventos deferidos ao servidor que optava por se aposentar na forma do *caput* dependia do tipo de cargo ou função ocupada.
- 2.24. Se ex-ocupante de cargo em comissão, os proventos equivaleriam à remuneração desse cargo. Se ocupante de função gratificada, que é vinculada ao exercício de cargo efetivo, os proventos do servidor seriam compostos pela remuneração do cargo efetivo acrescida da gratificação de função. Isso porque, no último caso, não se trata de um cargo autônomo, com estrutura remuneratória própria, mas de uma mera gratificação paga ao servidor efetivo.
- 2.25. Veja-se que esse dispositivo legal não mencionava expressamente a possibilidade de deferir ao inativo, que preencheu seus requisitos, a parcela da retribuição dos cargos em comissão/função de confiança, conhecida como “opção”, nada obstante ressalve, em seu §2º, o “direito de opção”.
- 2.26. O § 2º do art. 193 da Lei 8.112/1990 apenas autorizava que o servidor optasse por se aposentar na forma do *caput* ou carresse para os proventos de aposentadoria (calculados com base na remuneração do cargo efetivo) as vantagens previstas nos arts. 62 e 192 da Lei 8.112/1990.
- 2.27. Nessa ordem de ideias, poder-se-ia argumentar que não existe amparo legal para o pagamento da “opção” para os inativos, uma vez que a Lei 8.112/1990 não menciona expressamente essa possibilidade.
- 2.28. Contudo, seria também possível extrair diretamente do *caput*, mediante interpretação extensiva, a autorização para o pagamento da parcela “opção” ao inativo. Se o dispositivo conferia ao ex-ocupante de cargo em comissão o direito de ter seus proventos calculados com base na remuneração desse cargo, não seria desarrazoado conferir a esse servidor o direito de crescer a seus proventos de cargo efetivo a parcela “opção”. Desse modo, estar-se-ia conferindo ao ex-ocupante do cargo em comissão tratamento semelhante ao do servidor investido em função gratificada.
- 2.29. Isso porque, em muitos casos, a remuneração do cargo em comissão era inferior à do cargo efetivo. Consequentemente, muitos desses servidores não se beneficiariam do art. 193 da Lei 8.112/1990, ao contrário daqueles que ocuparam função gratificada.
- 2.30. Todavia, essa interpretação não se coaduna com o pagamento de “quintos”, dada a vedação contida no §2º do art. 193 da Lei 8.112/1990.
- 2.31. A razão da vedação de acumulação das vantagens era claramente evitar o *bis in idem* nos proventos de inatividade, haja vista que a finalidade do pagamento das vantagens era uma só: assegurar estabilidade financeira na inatividade ao servidor que assumiu maiores responsabilidades quando na atividade.
- 2.32. Não invalida esse raciocínio o fato de que era possível pagar, na atividade, a vantagem dos “quintos” cumulativamente com a gratificação de função ou com a “opção”. Isso é uma distorção do instituto dos “quintos”, pois, em vez de assegurar a estabilidade financeira àquele que se afastasse do cargo ou função, acabava por elevar a remuneração do cargo efetivo ainda quando no exercício do cargo em comissão ou função. Entretanto, isso era prevista em lei, o que não ocorre no caso da inatividade.
- 2.33. Quando o servidor é necessariamente remunerado com base no cargo efetivo e recebe uma gratificação fixada em lei, deve-se observar a vedação de pagamento cumulativo da gratificação de função com as vantagens previstas nos arts. 62 (“quintos”/“décimos”) e 192 da Lei 8.112/1990. Nesse sentido, cito, dentre inúmeros outros, a Decisão 47/2001-Plenário (rel. Ministro Benjamin Zymler) e os Acórdãos 645/2003-Plenário (rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues) e 814/2005-1ª Câmara (relator Ministro Marcos Vilaça), proferido em processo de inspeção.
- 2.34. Apesar de não haver expressa previsão legal, a jurisprudência de mais de trinta anos vem aceitando a inclusão da parcela “opção” (pagamento de uma fração da remuneração do cargo em

comissão ao servidor que opta pela remuneração do cargo efetivo) nos proventos do inativo que implementou os requisitos do art.180 da Lei 1.711/1952 ou do art. 193 da Lei 8.112/1990. Nada obstante, **não é possível o pagamento da parcela “opção” – quando prevista em lei – com a vantagem dos “quintos”, ex vi do disposto no § 2º do art. 193 da Lei 8.112/1990.**

2.35. Mas não é só: a EC 20/1998 impõe que os proventos da inatividade sejam calculados com base na remuneração do cargo efetivo e que não a superem no momento da concessão da aposentadoria. Assim, **todos os servidores que não implementaram as condições para a aposentação até 15/12/1998 (véspera da vigência da EC 20/1998) não fazem jus à percepção de FC ou da parcela “opção” (se existente na estrutura remuneratória) nos proventos de aposentadoria.**

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

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

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

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

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

2.39. Assim, **os servidores que não se encontravam em condições de se aposentar quando da revogação do art. 193 do Regime Jurídico Único (até 18/1/1995) não podem se beneficiar dessa vantagem.**

Dos fundamentos para o julgamento pela ilegalidade da presente aposentadoria

2.40. Pois bem. Analisando-se o ato de aposentadoria do recorrente (peça 2), pode-se extrair a seguinte informação: o interessado conta com 39 anos, 2 meses e 8 dias de tempo de serviço, sendo que a vigência do ato é a partir de 01/11/2017, tendo a EC 47/2005 (art. 3º) como fundamento legal. Assim, só veio a adquirir o direito à aposentação após a vigência da EC 20/1998.

2.41. Destarte, a presente concessão foi julgada ilegal por ter havido violação à regra constitucional, introduzida pela Emenda Constitucional 20/1998, que limita o valor dos proventos à remuneração do cargo efetivo.

ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame de admissibilidade realizado pelo Sar/Serur (peça 12), que opinou pelo conhecimento do recurso do Sr. Flavio Augusto Sabba Franco, nos termos do artigo 48 da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 285 e 286, parágrafo único, do RI/TCU, suspendendo-se os efeitos dos subitens 9.1, 9.3, 9.3.1 e 9.3.3 do Acórdão 14.576/2019–TCU–1ª Câmara. O Excelentíssimo Senhor Ministro Vital do Rêgo, mediante despacho de peça 15, concordou com esta unidade técnica.

3.1. No caso do pedido de reexame interposto pelo TRT da 10ª Região não houve exame prévio de admissibilidade, pois o recurso foi protocolado no mês abril/2020, enquanto o exame de admissibilidade do recurso do Sr. Flavio Augusto Sabba Franco realizado pela Serur e a chancela do seu conhecimento pelo Sr. Ministro-Relator Vital do Rêgo ocorreram em janeiro/2020, razão pela qual há necessidade de examinar se o recurso interposto pelo TRT da 10ª Região atende aos requisitos de admissibilidade relacionados na peça 12 (Preclusão Consumativa, Tempestividade, Legitimidade, Interesse e Adequação).

3.2. O único requisito que não está presente é a tempestividade, pois o TRT da 1ª Região tomou ciência do Acórdão 14.576/2019–TCU–1ª Câmara em 23/12/2019 (peças 14 e 16), sendo que o prazo é de 15 dias, nos termos do **caput** do art. 285 c/c parágrafo único do art. 286 do Regimento Interno do TCU, portanto, o prazo para interposição do recurso esgotou-se ainda no mês de janeiro do corrente ano, período anterior à pandemia do Novo Coronavírus no Brasil (Convid-19), razão pela qual a suspensão de prazo estabelecida pelo Tribunal por meio da Portaria-TCU 61/2020, de 19/03/2020, não se aplica ao caso em análise.

3.3. A justificativa apresentada pelo TRT da 10ª Região na sua peça recursal pelo atraso na interposição do recurso (ter levado o caso primeiramente à deliberação do seu órgão colegiado máximo – pág. 3 da peça 20) não tem o condão de elastecer o prazo fixado nos referidos dispositivos do RITCU. Assim, entende-se que o recurso do TRT da 10ª Região não deva ser conhecido pelo TCU. De todo modo, em razão dos princípios de economia processual e de racionalidade administrativa, da ampla defesa, do contraditório e da busca pela verdade material, e, na linha do Acórdão 6659/2020-TCU-1ª Câmara, as alegações apresentadas por ele serão objeto de análise no presente exame, pois caso o Tribunal entenda de forma diversa, conhecendo-o excepcionalmente, poderá apreciar o mérito do recurso quando do julgamento do pedido de reexame do Sr. Flavio Augusto Sabba Franco.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

Constitui objeto dos presentes recursos definir se:

- a) há necessidade de sobrestamento do feito;
- b) houve ofensa à EC 20/1998;
- c) é relevante o argumento de ter havido a incidência da contribuição previdenciária até 28/1/1999;
- d) houve violação aos princípios da segurança jurídica e da isonomia;
- e) houve violação ao direito adquirido;
- f) deve ser feita a modulação dos efeitos do acórdão recorrido;
- g) o decidido no Processo 1041687-08.2019.4.01.0000, apreciado pelo TRF-1ª Região, autoriza a percepção da “opção” pelo inativo.

Recorrente: Fernando Chavarry da Silva

5. Do sobrestamento do feito

5.1. Defende, em sede de preliminar, o sobrestamento do feito sob a alegação de que 2ª Câmara do Tribunal tem adotado cautela ao “sobrestar os processos de aposentadoria até a decisão definitiva do TC 027.914/2013-5, conforme se verifica dos Acórdãos nºs. 13270 (...), 13269, 13268, 13267, 13266, 13265, 13264, 13263, 13262, 13261, 13260 e 13259, todos de 2019 e no mesmo teor, com fundamento no art. 71, III e IX, da Constituição de 1988, nos arts. 1.º, V, 39, II, e 45 da Lei n.º 8.443, de 1992, e nos arts. 260, §1.º, e 262, §2.º, do RITCU”, sendo que a decisão a ser adotada em recurso interposto nos autos do TC 027.914/2013-5 contra os termos do Acórdão 2988/2018 – TCU – Plenário pode vir afetar ao que foi decidido neste feito.

Análise:

5.2. A situação tratada nos autos do TC 027.914/2013-5 não guarda relação direta com estes autos, pois no referido processo discute-se situação específica, envolvendo a interpretação do art. 17 da Lei 10.356/2001 e a concessão da vantagem “opção” a servidores inativos dos quadros do TCU que preencheram os pressupostos temporais do art. 193 da Lei 8.112/1990 e cumpriram a exigência contida no subitem 9.3.1 do Acórdão 2.076/2005–TCU–Plenário.

5.3. Em relação aos julgados mencionados acerca de o Tribunal ter sobrestado a apreciação de atos em razão de conter a vantagem “opção” até o deslinde do TC 027.914/2013-5, convém mencionar

que são casos isolados, sendo que, em grande medida, o Tribunal tem apreciado normalmente os atos que contém tal vantagem e considerado os atos ilegais e negado registro a eles independente do fato de não ter sido apreciado o recurso interposto pela Associação Nacional dos Servidores Aposentados e Pensionistas do TCU contra os termos do Acórdão 2988/2018 – TCU – Plenário, prolatado nos autos do referido processo, a exemplo dos seguintes julgados: 13944, 11872, 11077, 11873, 11392, 14573, 11089, 13232, 14557, 13949, 14578 e 13966, todos da 1ª Câmara de 2019, e 12285, 13054, 12699, 12680, 13092, 13094 e 10629, todos da 2ª Câmara de 2019.

5.4. Portanto, entende-se que devam ser rejeitadas as alegações apresentadas.

5.5. Da ofensa à EC 20/1998

5.6. Aduz-se que não teria havido violação à EC 20/1998, com base nos seguintes argumentos:

5.7. Nos termos da legislação em vigor (Lei nº 8.852/1994, art. 1º, inciso III), integra a remuneração do servidor ocupante de cargo efetivo a retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de natureza especial, prevista no art. 62 da Lei 8.112/1990.

5.8. Portanto, o pagamento na aposentadoria da parcela denominada "opção" aos servidores públicos que tenham satisfeito, até a data de 18 de janeiro de 1995, os pressupostos temporais estabelecidos no art. 193 da Lei 8.112/1990, não viola o § 2º do art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998, porque a retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de natureza especial, prevista no art. 62 da Lei 8.112/1990, integra a remuneração do servidor ocupante de cargo efetivo, nos termos do inciso III do art. 1º da Lei 8.852/1994.

Análise:

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

5.14. **Da relevância do argumento de ter havido a incidência da contribuição previdenciária até 28/1/1999**

5.15. O recorrente aduz que o Plenário do Tribunal de Contas da União somente decidiu pela não incidência da contribuição social sobre a retribuição pelo exercício de função comissionada na sessão de 29/08/2001, ao apreciar representação formulada por unidade técnica da própria Corte de Fiscalização, que deu origem ao Processo 006.153/1999-2 (Decisão 683/2001 – TCU – Plenário).

Análise:

5.16. Conforme ressaltado no histórico desta instrução, a presente concessão foi julgada ilegal pelo fato de ter havido violação à regra constitucional, introduzida pela Emenda Constitucional 20/1998, que limita o valor dos proventos à remuneração do cargo efetivo.

5.17. Assim, é irrelevante tecer considerações adicionais sobre a incidência da contribuição previdenciária até 28/1/1999.

5.18. Da violação aos princípios da segurança jurídica e da isonomia

5.19. O recorrente aduz que houve violação aos princípios da segurança jurídica e da isonomia, com base nos seguintes argumentos:

5.20. O direito do Tribunal de Contas da União de alterar o seu posicionamento deve encontrar limite no princípio da segurança jurídica, também de hierarquia constitucional, pois os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade surgida a cada julgamento de registro de ato de aposentadoria de servidor público, quando há alteração na composição do Colegiado, sob pena de gerar descrédito para o Tribunal de Fiscalização e insegurança jurídica para o administrado.

5.21. Na análise do presente pedido de reexame, o recorrente espera que o Tribunal de Contas da União considere, também, os inúmeros atos de aposentadoria julgados e registrados nos últimos 14 (quatorze) anos, tidos como legais por essa Corte de Fiscalização, com base no entendimento firmado, no longínquo dia 30/11/2005, no Acórdão 2.076/2005-TCU-Plenário.

5.22. Dentre esses inúmeros atos de aposentadoria julgados e registrados diariamente nos últimos anos, tidos como legais por esta Corte de Fiscalização, com base no entendimento firmado no dia 30/11/2005 no Acórdão 2.076/2005-TCU-Plenário, quantos chegaram junto ou depois do ato de aposentadoria do recorrente? Não se pode admitir, em respeito e observância ao princípio constitucional da isonomia, que servidores na mesma situação funcional e jurídica sejam distinguidos e separados em duas categorias, apenas pela data em que os seus atos de aposentadoria foram apreciados no Tribunal de Contas da União. Distinção por essa única razão afronta o princípio constitucional da isonomia.

Análise:

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

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

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

5.25. Acrescente-se a doutrina de Mauro Schiavi:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.32. Assim, sendo o ato de aposentadoria complexo, este somente passa a estar plenamente formado (perfeito), válido (aferição da legalidade com reflexo de definitividade perante a Administração) e eficaz (plenamente oponível a terceiros, deixando de apresentar executoriedade provisória) quando recebe o registro pela Corte de Contas. Tal entendimento decorre do disposto no inciso III do art. 71 da Constituição Federal, que estabelece que compete ao Tribunal de Contas da União apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão, assim como a concessão de aposentadoria, reforma ou pensão.

5.33. Nessa perspectiva, impõe-se reconhecer que referido ato possui natureza precária, razão pela qual, até que haja o efetivo julgamento e o consequente registro pela Corte de Contas, não há que se falar em direito adquirido, ato jurídico perfeito, proteção da confiança, ou em irredutibilidade dos proventos, tendo em vista a ausência de aperfeiçoamento e definitividade do ato.

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

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

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

5.36. Quanto à boa-fé da recorrente, tenha-se presente que foi considerada ao se dispensar a devolução dos valores indevidamente recebidos, nos termos do subitem 9.2 do acórdão recorrido.

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

5.38. Nesse sentir, é de se opinar pela rejeição dos argumentos apresentados pelo recorrente.

5.39. Do direito adquirido

5.40. O recorrente aduz que houve violação ao direito adquirido, com base nos seguintes argumentos:

5.41. O Acórdão 1.599/2019 – TCU – Plenário, objeto deste pedido de reexame, desconsidera o princípio constitucional do direito adquirido, estabelecido no inciso XXXVI do art. 5º da Lei Maior, pois a única exigência que fazia o art. 193 da Lei 8.112/1990 era o exercício de função comissionada por cinco anos continuados ou dez interpolados. A referida norma legal não exigia o tempo de serviço para aposentadoria.

Análise:

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

5.43. Portanto, sob o ponto de vista legal, o cumprimento das exigências do art. 193 da Lei 8.112/1990, por si só, é irrelevante e não produz consequências jurídicas caso não tenham sido

atendidos os requisitos para a constituição da situação jurídica na qual a vantagem é devida: a aposentadoria.

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

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

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

5.45. Nessa ordem de ideias, opina-se pela rejeição dos argumentos apresentados pelo recorrente.

5.46. Da modulação dos efeitos da decisão recorrida

5.47. O recorrente aduz que deveria haver a modulação dos efeitos do acórdão recorrido, com base nos seguintes argumentos:

5.48. A Lei 13.655/2018 incluiu no Decreto-Lei 4.657/1994 (LINDB) disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, dentre elas a expressa no acrescido art. 23, segundo o qual: "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".

5.49. Por sua vez, o Decreto-Lei 200/1967 estabelece em seu art. 103 que: "Todo servidor que estiver percebendo vencimento, salário ou provento superior ao fixado para o cargo nos planos de classificação e remuneração, terá a diferença caracterizada como vantagem pessoal, nominalmente identificável, a qual em nenhuma hipótese será aumentada, sendo absorvida progressivamente pelos aumentos que vierem a ser realizados no vencimento, salário ou provento fixado para o cargo nos mencionados planos" (sem grifos no original).

5.50. Os referidos dispositivos normativos exigem aplicação e não devem ser desconsiderados por parte dessa Corte de Fiscalização, no caso de prevalecer a mudança de entendimento estampada no Acórdão 1.599/2019 – TCU – Plenário, até para evitar que os servidores já aposentados, que tenham satisfeito, até a data de 18 de janeiro de 1995, os pressupostos temporais estabelecidos no art. 193 da Lei 8.112/1990 e que tinham assegurados a vantagem decorrente da opção, prevista no art. 2º da Lei 8.911/1994, por decisão do próprio TCU (Acórdão 2.076/2005-TCU-Plenário), venham a sofrer uma redução abrupta em seus proventos de inatividade.

Análise:

5.51. A modulação adotada no Acórdão 2.988/2018–TCU–Plenário ocorreu, tão somente, para os atos já registrados por esta Corte de Contas, conforme se depreende do seu subitem 9.3:

9.3. determinar à Secretaria-Geral de Administração que transforme em vantagem pessoal, passível de absorção pelos reajustes específicos concedidos às carreiras a que pertencem os servidores deste Tribunal, a retribuição parcial da função comissionada (“opção”) paga a inativos e pensionistas cujos proventos são calculados com base na remuneração do servidor ativo e cujos atos concessórios já tenham sido objeto de registro.

5.52. Ora, no caso em reexame, o ato administrativo é precário, vez que não houve o respectivo registro em razão da constatação de ilegalidade, o que afasta, por si só, a presunção de legitimidade do ato administrativo que concedeu o benefício ao recorrente.

5.53. Demais, disso, não se examina norma de conteúdo indeterminado, conforme previsto no art. 1º da Lei 13.655/2018, que promoveu alteração na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (art. 23 da LINDB – Decreto-lei 4.657/1942).

5.54. Em virtude dessas considerações, é de se rejeitar os argumentos apresentados pelo recorrente.

Recorrente: Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região/DF e TO

5.55. Do decidido no Processo 1041687-08.2019.4.01.0000, apreciado no TRF da 1ª Região

5.56. Diz que a vantagem “opção” era concedida com fundamento na Resolução Administrativa nº 27/2010 do TRT 10ª Região, que adotou o entendimento exarado pelo TST na RA nº 1.390/2010 que, por sua vez, havia adotado o entendimento fixado pelo TCU nos Acórdãos 2076/2005-Plenário, 964/2006-Plenário e 663/2008-Plenário, “no sentido de assegurar, na aposentadoria, a vantagem decorrente da opção prevista no artigo 2º da Lei nº 8.911/1994 aos servidores que, até a data de 18 de janeiro de 1995, tenham satisfeito os pressupostos temporais estabelecidos no artigo 193 da Lei nº 8.112/1990, ainda que sem os requisitos para aposentação em qualquer modalidade”, mas, alterando orientação sedimentada há 14 anos pelo próprio TCU, “o Acórdão 2988/2018–TCU–Plenário tornou insubsistente, no âmbito do Tribunal de Contas da União, o Acórdão TCU–Plenário nº 2.076/2005, que permitia que fossem carreadas para os proventos de aposentadoria, cumulativamente, as parcelas decorrentes de “quintos” (VPNI) e da opção da Função Comissionada ou Cargo em Comissão exercido até 1995 de forma consecutiva por 5 anos ou intercalada por 10 anos (art. 193 da Lei nº 8.112).

5.57. Alega que contra os termos do Acórdão 2988/2018-TCU-Plenário foi interposto recurso, estando suspensos os efeitos do aresto em questão, conforme preceitua o art. 285 do Regimento Interno do TCU, sendo que a 2ª Câmara do TCU tem sobrestado diversos feitos sob o argumento de que o desfecho a ser dado pelo Plenário ao recurso interposto contra a mencionada deliberação “poderá interferir nos demais processos em curso que envolvam aposentadorias com a opção do art. 193 da Lei nº 8.112/1990 (Acórdãos 13.259/2019, 13.260/2019, 13.261/2019, 13.262/2019, 13.263/2019, 13.264/2019, 13.265/2019, 13.266/2019, 13.267/2019, 13.268/2019 e 13.269/2019 – todos da 2ª Câmara)”.

5.58. Afirma que o Tribunal, em casos semelhantes, tem “dado tratamento mais maleável à questão, como por. ex. no Acórdão 12.500 – TCU – 2ª Câmara que em seu subitem 9.3.2 determinou o ‘ajuste o valor da rubrica de incorporação de função de Sandra Helena de Moura Teixeira e transforme sua vantagem opção em vantagem pessoal a ser absorvida pelos futuros aumentos remuneratórios de sua categoria”.

5.59. Sustenta que o Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por decisão monocrática em sede de tutela provisória recursal da Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas nos autos do Agravo de Instrumento nº 1041687-08.2019.4.01.0000–processo referência 1035883-44.2019.4.01.3400, determinou “a suspensão da aplicação do entendimento firmado no Acórdão 1.599/2019 – Plenário/TCU”.

5.60. Pede, por fim, que seja conhecido e provido o pedido de reexame, de modo que haja “a suspensão da decisão prolatada no Acórdão nº 14576/2019-TCU-1ª Câmara que julgou ilegal o ato de aposentadoria do servidor FLAVIO AUGUSTO SABBA FRANCO, até o julgamento pelo TRF do PROCESSO: 1041687-08.2019.4.01.0000 PROCESSO REFERÊNCIA: 1035883-44.2019.4.01.3400, AGRAVO DE INSTRUMENTO, com decisão de 21/02/2020) ou até que o Plenário examine o recurso interposto contra o Acórdão nº 2.988/2018-TCU-Plenário (TC 027.914), o que ocorrer por último”. Pede, de forma cumulativa, “a modulação dos efeitos da transição entre o antigo e o novo entendimento, conforme implementado no Acórdão 12500/2019 – Segunda Câmara, autorizando este Tribunal a transformar a parcela de opção, carreada para os proventos, derivada da aplicação do art. 193 da Lei nº 8.112/1990, em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificável (VPNI), a ser absorvida pelos próximos reajustes da categoria, haja vista que a aposentadoria do servidor FLAVIO AUGUSTO SABBA FRANCO foi publicada em data anterior à prolação do Acórdão nº 2.988/2018 – TCU – Plenário”.

Análise:

5.61. Conforme demonstrado no histórico deste exame, o Sr. Flavio Augusto Sabba Franco não faz jus receber a vantagem “opção” e não convém sobrestar o presente feito até o julgamento do recurso interposto contra os termos do Acórdão 2988/2018–TCU–Plenário nos autos do TC 027.914/2013-5, conforme apontado nos itens 5.2 a 5.4 deste exame.

5.62. No tocante ao Acórdão 12.500/2019-TCU-2ª Câmara, que deu tratamento diferenciado para a inativa Sandra Helena de Moura Teixeira, ex-servidora do Tribunal Superior do Trabalho - TST, convém mencionar que em razão de recurso movido pelo próprio TST nos autos do TC 028.144/2019-8, requerendo tratamento isonômico quanto ao ato apreciado pelo Acórdão 14557/2019-TCU-1ª Câmara, este auditor, na sua proposta de encaminhamento do exame do recurso, propôs que seja determinado à Secretaria de Fiscalização de Pessoal - Sefip que adote procedimentos com vistas a rever, de ofício, o ato de concessão de aposentadoria da Sra. Sandra Helena de Moura Teixeira, tratado nos autos do TC 036.620/2018-1, nos termos do art. 260, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal, razão pela qual se entende que uma vez adotado tal procedimento não haverá tratamento mais maleável para a referida inativa que se encontra na mesma situação dos demais aposentados, inclusive do caso concreto deste feito, que tiveram seus atos concessórios julgados irregulares com determinação para a exclusão da vantagem “opção”.

5.63. Em relação ao que foi decidido no Processo 1041687-08.2019.4.01.0000, apreciado no TRF da 1ª Região, cuja decisão monocrática da Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas foi nos seguintes termos (peça 16 do TC 030.667/2019-4):

Pelo exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento, para, deferindo a tutela provisória recursal, suspender a aplicação do entendimento firmado no Acórdão 1.599/2019 – Plenário/TCU 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”; essa decisão vigorará até o julgamento colegiado deste agravo, ou até eventuais posteriores decisão ou sentença pelo juízo primitivo.

5.64. Ocorre que a inclusão da parcela “opção” nos proventos de aposentadoria do Sr. Flavio Augusto Sabba Franco é ilegal por quatro razões (vide histórico deste exame):

(i) houve violação à regra constitucional, introduzida pela Emenda Constitucional 20/1998, que limita o valor dos proventos à remuneração do cargo efetivo;

(ii) a jurisprudência apregoa que é “vedado ao servidor público carrear para os proventos da aposentadoria ou para a pensão por ele instituída parcela da remuneração sobre a qual não incidiu desconto previdenciário” (Acórdão 5.919/2019 - 1ª Câmara, de relatoria do ministro Benjamin Zymler, entre outros);

(iii) o § 2º do art. 193 da Lei 8.112/1990 veda a percepção de quintos com a “opção”;

(iv) o referido senhor não se encontrava em condições de se aposentar quando da revogação do art. 193 do Regime Jurídico Único (até 18/1/1995) e, por via de consequência, não pode se beneficiar da “opção”.

5.65. Assim, *ad argumentandum tantum*, ainda que reste superada a irregularidade constante do item (i) *supra*, ainda persiste ilegal a inclusão da parcela “opção” nos proventos do Sr. Flavio Augusto Sabba Franco, pelas razões elencadas nos subitens (ii), (iii) e (iv).

5.66. Demais disso, a competência do TCU, prevista no art. 70, III, da Lei Maior de 1988, de apreciar, para fins de registro, as concessões de aposentadoria, é privativa desta Corte de Contas, sendo que não pode ser revista pelo Judiciário. Assim, independentemente do deslinde do Processo 1041687-08.2019.4.01.0000, em trâmite no TRF-1ª Região, deve-se manter o julgamento pela ilegalidade da concessão em apreço.

5.67. Nesse diapasão, merece destaque a doutrina do eminente Roberto Rosas:

No S.T.F. asseverou o Ministro Rafael de Barros Monteiro que as decisões do Tribunal de Contas não podem ser revistas pelo Poder Judiciário, a não ser quanto ao seu aspecto formal, palavras corroboradas na mesma assentada pelo Min. Djaci Falcão, considerando essas decisões com força preclusiva (R.E. 55.821 – R.T.J. 43/151). Ainda quando o ato administrativo seja praticado pelo Tribunal de Justiça, não ficará imune à apreciação do Tribunal de Contas com competência para isso (R.E. 47.390 – R.T.J. 32/115, bem como com o exercício de auditoria financeira e orçamentária sobre as contas dos Três Poderes, inclusive Legislativo (art. 70, § 3º - Const.) assim interpretado pelo S.T.F. na Representação 764 do

Espírito Santo (R.T.J. 50/245) (*apud* Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, in *Tribunais de Contas do Brasil, Jurisdição e Competência*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, p. 153).

5.68. Acrescente-se que, nos termos da Questão de Ordem aprovada na Sessão Plenária de 8/6/2011 (Ata 22/2011), se deve encaminhar ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Advocacia-Geral de União (AGU) e à Conjur/TCU as informações necessárias ao acompanhamento do Processo 1041687-08.2019.4.01.0000, em trâmite no TRF-1ª Região.

5.69. Dessa forma, as alegações apresentadas pelo TRT da 10ª Região/DF e TO não são passíveis de acolhimento.

CONCLUSÃO

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

- a) não há necessidade de sobrestamento do feito;
- b) o ato ofendeu a EC 20/1998;
- c) não é relevante o argumento de ter havido a incidência da contribuição previdenciária até 28/1/1999;
- d) não houve violação aos princípios da segurança jurídica e da isonomia;
- e) não houve violação ao direito adquirido;
- f) não deve ser feita a modulação dos efeitos do acórdão recorrido;
- g) o decidido no Processo 1041687-08.2019.4.01.0000, apreciado pelo TRF-1ª Região, por si só, não autoriza a inclusão da parcela “opção” nos proventos do inativo.

6.1. Por conseguinte, deve-se negar provimento aos presentes recursos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

- a) conhecer do recurso interposto pelo Sr. Flavio Augusto Sabba Franco, para, no mérito, negar-lhe provimento;
- b) não conhecer do recurso interposto pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região/DF e TO, por ser intempestivo;
- c) caso não seja acolhida a proposta da letra “b”, conhecer do recurso interposto pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região/DF e TO, de forma excepcional, para, no mérito, negar-lhe provimento;
- d) nos termos da Questão de Ordem aprovada na Sessão Plenária de 8/6/2011 (Ata 22/2011), encaminhar ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Advocacia-Geral de União (AGU) e à Conjur/TCU as informações necessárias ao acompanhamento do Processo 1041687-08.2019.4.01.0000, em trâmite no TRF-1ª Região;
- e) dar ciência do acórdão que for prolatado ao recorrente e aos demais interessados, ressaltando-se que o relatório e o voto que o acompanharem podem ser consultados no endereço www.tcu.gov.br/acordaos, no dia seguinte ao de sua oficialização.

2. O Ministério Público junto ao TCU, representado nos autos pelo Procurador Dr. Rodrigo Medeiros de Lima, manifestou-se de acordo com a proposição da unidade técnica (peça 26).

É o Relatório.

VOTO

Aprecia-se, nesta oportunidade, pedidos de reexame interpostos pelo Sr. Flavio Augusto Sabba Franco e pelo TRT da 10ª Região/DF e TO contra o Acórdão 14.576/2019-TCU-1ª Câmara, por meio do qual esta Corte de Contas considerou ilegal o ato de aposentadoria emitido em favor do recorrente em razão do pagamento da vantagem “opção”, de que trata o art. 2º c/c o art. 11 da Lei 8.911/1994 (c/c art. 18 da Lei 11.416/2006). Isto porque o recorrente se aposentou em 1/11/2017, portanto, depois do advento da Emenda Constitucional 20/1998.

2. No pedido de reexame interposto pelo Sr. Flavio Augusto Sabba Franco (peças 11), o recorrente alega, em síntese, que: (i) o processo em questão deve ser sobrestado até que o TCU delibere sobre o tema no TC 027.914/2013-5; (ii) houve ofensa à EC 20/1998; (iii) houve contribuição previdenciária sobre a parcela até 28/1/1999; (iv) houve violação dos princípios da segurança jurídica, isonomia e direito adquirido; e (v) o acórdão recorrido deve ser modulado.

3. Já o TRT da 10ª Região, nos recursos de peças 19/23 aduz que o a decisão proferida nos autos do Processo 1041687-08.2019.4.01.0000, apreciado pelo TRF-1ª Região, autoriza a percepção da “opção” pelo inativo.

4. A Secretaria de Recursos, em seu parecer, propõe que o recurso interposto pelo primeiro recorrente seja conhecido, e no mérito, negado a ele provimento. No que diz respeito ao recurso apresentado pelo TRT da 10ª, a unidade técnica propõe o não conhecimento da peça recursal, eis que intempestiva. A Serur, concluiu, em síntese, que: (i) não há necessidade de sobrestar o feito uma vez que a matéria foi devidamente analisada pela Corte de Contas e sobre ela há jurisprudência dominante já formada; (ii) o ato ofende a EC 20/1998; (iii) não houve violação aos princípios da segurança jurídica, da isonomia, do direito adquirido; (iv) não cabe modulação dos efeitos do acórdão recorrido. Quanto ao argumento trazido pelo TRT da 10ª Região, a Serur sustenta que o decidido no Processo 1041687-08.2019.4.01.0000, apreciado pelo TRF-1ª Região, não autoriza, por si só, a percepção da “opção” pelo inativo.

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

-II-

6. Quanto à admissibilidade do recurso interposto pelo recorrente Flavio Augusto Sabba Franco, ratifico o entendimento já externado no despacho de peça 15, no sentido de que o presente recurso seja conhecido, uma vez preenchidos os requisitos de admissão que regem a espécie. Quanto ao recurso interposto pelo TRT da 10ª Região (peças 19/26), conheço do apelo nesta assentada em razão dos fatos que o órgão emissor do ato em análise trouxe a colação.

7. No tocante à análise de mérito do apelo, registro minha concordância integral com os pareceres precedentes, razão pela qual adoto como minhas as conclusões formuladas pela Serur e pelo MPTCU por seus próprios fundamentos, valendo-me, para tanto, da técnica da motivação *per relationem*, sem prejuízo de tecer os breves comentários a seguir.

8. Preliminarmente vale lembrar que a percepção da vantagem denominada “opção”, de que trata o art. 2º da Lei 8.911/1994, restou garantida aos servidores que reuniram os requisitos para se aposentar antes do advento da Emenda Constitucional 20, de 16 de dezembro de 1998. Isso porque, a partir da promulgação da referida norma Constitucional, ficou vedada a percepção de parcelas que superassem a última remuneração percebida na atividade. É nesse sentido o teor do art. 40, § 2º, com a redação dada pela EC 20/1998:

Art. 40 (...)

§ 2º - Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão. (Redação dada pela Emenda Constitucional 20, de 15/12/98).

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

10. Por tal característica, não houve contribuição previdenciária sobre a parcela denominada “opção” no período em que o recorrente esteve em pleno labor, já que ela não era percebida na atividade. Convém mencionar que no regime de repartição, como é o caso do Brasil, a regra é que as contribuições dos ativos sustentam os benefícios dos inativos. Em outras palavras, a solidariedade entre os contribuintes ativos contribui para o pagamento daqueles que estão aposentados. Posteriormente, quando os ativos se aposentarem, o seu benefício será custeado por quem estiver trabalhando. Portanto, a incorporação aos proventos de aposentadoria ou pensão de qualquer vantagem sem a respectiva contribuição previdenciária na ativa, contraria os princípios da solidariedade, da contributividade e do equilíbrio financeiro e atuarial, todos insculpidos no *caput* do art. 40 da Constituição Federal.

11. No que diz respeito à nova interpretação, conferida pelo Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário, proferido na sessão de 10/7/2019, verifico que ela tem sido aplicada a partir da publicação da referida decisão para os atos que, até aquela data, não tenham sido registrados pelo TCU, como ocorreu com o ato emitido em favor do recorrente. Ainda quanto essa questão, convém trazer à baila os ponderosos argumentos constantes da sobredita decisão:

21. Também não é correto invocar o art. 24, a seguir transcrito, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb - incluído pela Lei 13.655, de 25/4/2018), de modo a manter aposentadorias deferidas sem observância do § 2º do art. 40, desde que publicadas anteriormente à Decisão 844/2001.

“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.” (Grifos acrescidos).

22. Veja-se que os atos de aposentadoria pendentes de registro ainda não se aperfeiçoaram, motivo pelo qual não há que se falar em revisão de ato administrativo quando o TCU está a examinar atos de aposentadoria.

23. Anda que se entendesse de forma diversa, é de ver que o art. 5º do Decreto 9.830/2019, ao regulamentar a matéria, não excluiu a possibilidade de a mudança de entendimento gerar efeitos pro-futuro nas relações jurídicas de caráter continuado (grifos acrescidos):

“Art. 5º A decisão que determinar a revisão quanto à validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos cuja produção de efeitos esteja em curso ou que tenha sido concluída levará em consideração as orientações gerais da época.

§ 1º É vedado declarar inválida situação plenamente constituída devido à mudança posterior de orientação geral.

§ 2º O disposto no § 1º não exclui a possibilidade de suspensão de efeitos futuros de relação em curso.

§ 3º Para fins do disposto neste artigo, consideram-se orientações gerais as interpretações e as especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou

administrativa majoritária e as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.”

24. Logo, ainda que o art. 24 da Lindb fosse aplicável à apreciação das concessões por parte do TCU, bastaria a aplicação do Enunciado 106 (segundo o qual deve ser dispensada a devolução dos valores recebidos indevidamente de boa-fé), para dar a ele cumprimento.

12. Com isso, não prospera o pedido de modulação aduzido pelo recorrente. Vale mencionar que o ato de aposentadoria emitido de forma precária, pelo TRT da 10ª Região, em favor do Sr. Flavio Augusto Sabba Franco com vigência na data de 1/11/2017 foi apreciado em 3/12/2019, ocasião em que o ato foi tido por ilegal. Portanto, o ato do recorrente foi apreciado pelo TCU após a prolação do Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário, razão pela qual teve o registro negado.

13. Quanto ao sobrestamento dos presentes autos até que o plenário delibere sobre o TC 027.914/2013-5, entendo incabível uma vez que a discussão que lá será travada não se refere ao pagamento da parcela em si, mas da *“sistemática de cálculo e pagamento da “opção” nos proventos de aposentadoria dos servidores do TCU, tendo em vista o disposto no art. 17 da Lei 10.356/2001”*. Destaco ainda que, naqueles autos, a modulação sugerida pelo Revisor do Acórdão 2988/2018-TCU-Plenário foi acolhida pela Relatora, no sentido de modular os efeitos da decisão para os atos já registrados pelo TCU antes da decisão mencionada e que tenham contemplado o pagamento da parcela denominada opção.

14. No que diz respeito à decisão proferida nos autos do processo 1041687-08.2019.4.01.0000, apreciado TRF da 1ª Região, consoante aduziu a Serur, observo que tal decisão, conquanto tenha afastado a aplicação do entendimento firmado a partir do Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário, não discorreu e nem afastou outras irregularidades que, igualmente, macularam a concessão emitida em favor do recorrente, tais como violação à regra constitucional introduzida pela EC 20/1998 bem como a impossibilidade de percepção de quintos incorporados de forma concomitante coma opção, nos termos do art. 193 da Lei 8.112/1990. Além disso, observo que este TCU, atuando no exercício da competência conferida pelo art. 71, inciso III, da CF/1988, tem independência para formular juízo de mérito diferente daquele formado no âmbito do poder judiciário. Por tal razão, e considerando que a decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento 1041687-08.2019.4.01.0000 é liminar, entendo que não se faz necessário sobrestar os presentes autos até que decisão de mérito seja proferida no âmbito do poder judiciário. A despeito de tal fato, convém encaminhar ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Advocacia-Geral de União (AGU) e à Conjur/TCU as informações necessárias ao acompanhamento do Processo 1041687-08.2019.4.01.0000, em trâmite no TRF-1ª Região.

15. Por fim, importa mencionar que, em razão da já mencionada competência estabelecida a este Tribunal pelo art. 71, inciso III, da Constituição Federal, os atos de registro de pessoal somente passam a estar plenamente formados, válidos e eficazes quando recebem o registro pela Corte de Contas. Sob essa perspectiva, impõe-se reconhecer que referidos atos possuem natureza precária, razão pela qual, até que haja o efetivo julgamento e o conseqüente registro pela Corte de Contas, tais atos não gozam de definitividade, já que sem o registro não se aperfeiçoam. Por tal razão, não há mácula aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e do direito adquirido.

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

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 11 de agosto de 2020.

Ministro VITAL DO RÊGO
Relator

ACÓRDÃO Nº 8590/2020 – TCU – 1ª Câmara

1. Processo TC 028.141/2019-9.
2. Grupo I – Classe de Assunto: I - Pedido de reexame (Aposentadoria).
3. Recorrente: Flavio Augusto Sabba Franco (221.112.121-72).
4. Órgão: Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região/DF e TO.
5. Relator: Ministro Vital do Rêgo.
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Weder de Oliveira.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Rodrigo Medeiros de Lima.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de pedidos de reexame interpostos pelo Sr. Flavio Augusto Sabba Franco e pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região/DF e TO em face do Acórdão 14.576/2019-TCU-1ª Câmara por meio do qual esta Corte de Contas considerou ilegal o ato de aposentadoria emitido em favor do primeiro recorrente;

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

- 9.1. conhecer dos presentes pedidos de reexame para, no mérito, negar-lhes provimento;
- 9.2. encaminhar cópia desta deliberação ao Sr. Flavio Augusto Sabba Franco e ao Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região/DF e TO;
- 9.3. nos termos da Questão de Ordem aprovada na Sessão Plenária de 8/6/2011 (Ata 22/2011), encaminhar ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Advocacia-Geral de União (AGU) e à Conjur/TCU as informações necessárias ao acompanhamento do Processo 1041687-08.2019.4.01.0000, em trâmite no TRF-1ª Região.

10. Ata nº 27/2020 – 1ª Câmara.

11. Data da Sessão: 11/8/2020 – Telepresencial.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-8590-27/20-1.

13. Especificação do quórum:

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

13.2. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
WALTON ALENCAR RODRIGUES
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
VITAL DO RÊGO
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Subprocurador-Geral