

GRUPO I – CLASSE I – 1ª Câmara

TC 031.231/2019-5

Natureza(s): I - Pedido de Reexame (Aposentadoria)

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

Interessado: Marcia Araujo dos Santos (247.710.741-00)

Representação legal: não há

SUMÁRIO: PEDIDO DE REEXAME. APOSENTADORIA. OPÇÃO. VANTAGEM INDEVIDA AOS SERVIDORES QUE PREENCHERAM OS REQUISITOS DA APOSENTADORIA APÓS O ADVENTO DA EC 20/1998. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DO DIREITO ADQUIRIDO E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS SUFICIENTES PARA ENSEJAR A MODIFICAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório o parecer elaborado pela unidade técnica:

"INTRODUÇÃO

1. Trata-se de pedido de reexame interposto pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região/DF e TO, no interesse de Márcia Araújo dos Santos (R001-peças 19-23), por meio do qual se insurge contra o Acórdão 528/2020-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues (peça 7), o qual foi prolatado na sessão de julgamento do dia 28/1/2020-Ordinária e inserto na Ata 1/2020-1ª Câmara.

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de processo de aposentadoria de servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região/DF e TO,

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

9.1. considerar ilegal a presente concessão e negar registro ao respectivo ato;

9.2. dispensar a devolução dos valores indevidamente recebidos de boa-fé pela interessada, nos termos do Enunciado 106 da Súmula de Jurisprudência deste Tribunal;

9.3. determinar ao órgão de origem que adote as seguintes providências, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa:

9.3.1. dê ciência do inteiro teor desta deliberação à interessada no prazo de quinze dias e faça juntar aos autos o comprovante dessa notificação nos quinze dias subsequentes;

9.3.2. suspenda os pagamentos realizados com base no ato ora impugnado;

9.3.3. emita novo ato de aposentadoria e submeta-o a registro deste Tribunal no prazo de trinta dias, após corrigida a falha que ensejou a ilegalidade do ato. (ênfases acrescidas).

HISTÓRICO

2. O ato de aposentadoria da interessada foi julgado ilegal, em virtude de constar a

incorporação da parcela vulgarmente conhecida como “opção” (vide ato de peça 2).

2.1. Sobre o instituto da “opção”, o Exmo. 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 (ênfase acrescida):

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 acrescidas 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 oblvio 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).

2.21A *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** (ênfase acrescida).*

2.22. É sobremodo 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.

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

2.38. 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.

2.39. É nesse sentido o disposto no art. 7º da Lei 9.624/1998 (ênfase acrescida):

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).

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

2.41. De mais a mais, a jurisprudência apregoa que é “vedado ao servidor público carrear para os proventos da aposentadoria ou para a pensão por ele instituída parcela da

remuneração sobre a qual não incidiu desconto previdenciário” (Acórdão 5.919/2019-1ª Câmara, de relatoria do ministro Benjamin Zymler, entre outros).

Dos fundamentos para o julgamento pela ilegalidade da presente aposentadoria

2.42. *Pois bem. Analisando-se o ato de aposentadoria de Márcia Araújo dos Santos (peça 2), podem-se extrair as seguintes informações: a interessada conta com 29 anos, 11 meses e 16 dias de tempo de serviço para a aposentadoria, sendo que a vigência do ato é a partir de 1/6/2015, com fundamento na EC 47/2005. Assim, só veio a adquirir o direito à aposentação após a vigência da EC 20/1998;*

2.43. *Destarte, a presente concessão é ilegal porque:*

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

b) *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.*

ADMISSIBILIDADE

3. *Reitera-se o exame de admissibilidade realizado por esta Secretaria (peça 25), ratificado pelo Exmo. Ministro Benjamin Zymler (peça 28), que concluiu pelo conhecimento do presente pedido de reexame, sem efeito suspensivo, nos termos do art. 48, parágrafo único, da Lei 8.443/1992 c/c arts. 285, caput e §2º e 286, parágrafo único, do Regimento Interno/TCU.*

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

Constitui objeto do presente recurso definir se:

a) *o decidido Processo 1041687-08.2019.4.01.0000, apreciado pelo TRF-1ª Região, autoriza a percepção da “opção” pela interessada;*

b) *é cabível o sobrestamento do presente processo;*

c) *a decisão do TCU afronta o princípio constitucional da segurança jurídica e da isonomia;*

d) *deve ser feita a modulação dos efeitos do acórdão recorrido.*

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

5.1. *O TRT da 10ª Região entende que a decisão do Tribunal Regional Federal, no âmbito do Agravo de Instrumento n. 1041687-08.2019.4.01.0000, cassou o Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário, conforme a tutela provisória concedida em tal Agravo de Instrumento, postulando que “devem ser considerados também cassados todos os julgados que o utilizaram ou adotaram seus fundamentos para a decisão, inclusive o Acórdão” recorrido (peça 20, p. 5-6).*

Análise:

5.2. *Assim foi decidido em decisão monocrática da Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas no Processo 1041687-08.2019.4.01.0000, em trâmite no TRF-1ª Região:*

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.

5.3. Ocorre que a inclusão da parcela “opção” nos proventos de aposentadoria da interessada foi considerado ilegal por três razões (vide histórico desta instrução):

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

(ii) houve violação ao art. 193, § 2º, da Lei 8.112/1990, que veda a percepção da “opção” cumulativamente com os quintos;

(iii) 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 5.919/2019TCU- 1ª Câmara, rel. Ministro Benjamin Zymler, entre outros).

5.4. 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 da interessada, pelas razões elencadas nos subitens (ii) e (iii).

5.5. 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.

5.6. 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).

5.7. 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.

6. Do sobrestamento.

6.1. Requer o sobrestamento do presente processo, uma vez que a matéria está sendo discutida pelo Plenário deste Tribunal, nos autos do processo n. 027.914/2013-5, a fim de dar tratamento isonômico aos seus jurisdicionados (peça 20, p. 6-7).

Análise:

6.2. O Relator do processo pode determinar o sobrestamento do processo, nos termos do art. 11, caput, da Lei 8.443/1992, e art. 157, caput, do Regimento Interno do TCU e art. 47 da Resolução TCU 259/2014, de 7/5/2014, quando houver motivo justificado para a interrupção do processo, como por exemplo, o julgamento de processo correlato que impacte no processo em julgamento.

6.3. *Situação diversa do fato concreto, uma vez que esta Corte de Contas vem julgando reiteradamente como ilegais aqueles atos de aposentadoria que apresentem a incorporação da parcela “opção” indevidamente, v. g., Acórdãos 1.775/2020, rel. Ministro Vital do Rêgo, 3.144/2020, rel. Ministro Benjamin Zmyler, 3.820 e 3.837/2020, rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues, todos da 1ª Câmara do TCU.*

7. ***Da violação aos princípios da segurança jurídica e da isonomia.***

7.1. *O TRT da 10ª Região aduz que houve violação aos princípios da segurança jurídica e da isonomia, com base nos seguintes argumentos (peça 20, p. 7-8):*

7.2. *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.*

7.3. *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 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.*

Análise:

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

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

(...) o juiz tem o dever de se rebelar, de reagir, de não ceder, de reafirmar a sua independência, pois é isto que a humanidade, que debruçou sobre o direito toda a regulação das relações de poder, espera dele. Um juiz que, por conveniência, se curva ao entendimento de outros 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)

7.6. *Acrescente-se a doutrina de Mauro Schiavi:*

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

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

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

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

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

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

Na Alemanha, há disposição expressa no sentido de que “os 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).

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

7.11. 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, rel. Ministro-substituto Marcos Bemquerer Costa; 2.793/2019, rel. Ministra Ana Arraes; e 2.646/2019, rel. Ministro Vital do Rêgo – todos do Plenário; 6.860/2020, rel. Ministro Benjamin Zymler; 6.696/2020, rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues; e 6.674/2020, rel. Ministro-Substituto Weder de Oliveira – todos da 1ª Câmara; e 6.731/2020, rel. Ministro-Substituto André de Carvalho; 6.574/2020, rel. Ministro Augusto Nardes; e 6.178/2020, rel. Ministro Raimundo Carreiro – todos da 2ª Câmara.

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

7.13. 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.

7.14. 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 irreducibilidade dos proventos, tendo em vista a ausência de aperfeiçoamento e definitividade do ato.

7.15. 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)

7.16. 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 à interessada, não havendo, assim, que se falar em violação da segurança jurídica, de proteção da confiança, de direito adquirido ou de razoabilidade.

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

7.18. Atuação que vai ao encontro do princípio da segurança jurídica, pois a interessada, conquanto não tenha contribuído para a irregularidade, beneficiou-se ao longo dos anos de pagamento irregular em detrimento dos cofres públicos. A segurança jurídica é garantida com a dispensa do ressarcimento desses valores, limitada no tempo, à data da ciência da referida deliberação pela unidade jurisdicionada, sendo devida a reposição dos valores recebidos indevidamente a partir daquele momento, nos termos do art. 46, caput e §3º da Lei 8.112/1990, *in verbis*:

Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado.

§3º Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição. (ênfase acrescida)

7.19. Acerca ainda da aplicação do princípio da segurança jurídica em atos de aposentadoria/pensão, trazemos a lume excerto do Voto proferido pelo Exmo. Ministro José Jorge, no Acórdão 2.350/2012, da 2.ª Câmara, que tratou da questão:

9. Com efeito, a aplicação do princípio da segurança jurídica em casos de registro de aposentadoria, convalidando atos ilegais, não se deve dar de forma indiscriminada, justificando-se somente em situações especialíssimas, em que a ilegalidade e a negativa de registro do ato de concessão impliquem a total supressão de meios de subsistência do beneficiário.

10. Cito, como exemplo, aquelas situações excepcionais nas quais a demora na análise por esta Corte provocou conjuntura imodificável, como o atingimento da idade laboral máxima no serviço público, em que se permite o cômputo viciado do tempo de serviço, hipóteses que não se aplicam ao caso ora em discussão. Nesse sentido, transcrevo trecho do Acórdão 6.727/2009-2ª Câmara:

“Em situações extremas, nas quais a demora criou uma situação irreversível, como, por exemplo, no caso de falecimento ou atingimento da idade máxima para permanência em atividade, o deslinde do caso concreto não será igual ao de uma situação na qual o servidor aposentou-se com pouca idade e detém condições para retornar à atividade.”

11. Assim, muito embora considere que o referido princípio seja de grande importância em nosso ordenamento jurídico, entendo que sua aplicação deva ser ponderada frente a outros primados com assento constitucional, a exemplo dos princípios da legalidade e da isonomia.

12. Dessa maneira, o exame do ato em apreço deve ser mais abrangente e, de maneira isonômica, seguir o disposto na pacífica jurisprudência desta Corte de Contas, de modo a permitir que o tratamento ora concedido ao recorrente seja similar àquele concedido aos demais beneficiários cujos atos outrora foram submetidos ao descortino deste Tribunal, ou seja, devem ser observados o atendimento aos requisitos previstos no Acórdão 1.893/2006-Plenário e o tratamento dispensado aos atos antigos.

13. Penso que qualquer ressalva nesse entendimento somente seria cabível nos casos em que o julgamento pela ilegalidade, com a consequente negativa de registro do ato, colocasse em risco a subsistência do ex-servidor, prejudicando sua subsistência.

(...)

17. Assim, considerando que os atos de aposentadoria em favor do recorrente devem ser examinados sob o prisma da legalidade e da isonomia, bem como que remanesce a irregularidade referente à contagem de tempo rural, entendo que não há motivos para reforma do Acórdão 7.469/2010-2ª Câmara.

7.20. Porém, o Plenário desta Casa, por meio do Acórdão 3.245/2010, ao acolher Voto revisor do Ministro Walton Alencar Rodrigues, decidiu que apenas em casos especialíssimos, em que a ilegalidade e a negativa de registro do ato de concessão impliquem a total supressão de meios de subsistência do beneficiário, admite-se a aplicação das teses da segurança jurídica e da proteção da confiança do administrado, com o fim de considerar legais as concessões.

7.21. Tal posicionamento reflete o entendimento majoritário vigente neste Tribunal após longos debates acerca da aplicabilidade do princípio da segurança jurídica para fins de registro de atos de aposentadoria que apresentam irregularidades.

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

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

8. Da modulação dos efeitos da decisão recorrida

8.1. O TRT da 10ª Região objeta que “diante da alteração abrupta e substancial do entendimento do TCU, é imperativo que se modulem os efeitos da transição entre o antigo e o

novo entendimento”, “autorizando a transformação da parcela de opção em VPNI a ser absorvida pelos futuros aumentos remuneratórios” (peça 20, p. 7-9).

Análise:

8.2. 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.

8.3. 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 à interessada.

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

CONCLUSÃO

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

- a) o decidido no Processo 1041687-08.2019.4.01.0000, em curso no TRF-1ª Região, por si só, não autoriza a inclusão da parcela “opção” nos proventos da interessada;*
- b) o sobrestamento do processo não é necessário;*
- c) não houve violação aos princípios da segurança jurídica e da isonomia;*
- d) não deve ser feita a modulação dos efeitos do acórdão recorrido.*

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

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

12. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento no art. 48, parágrafo único, da Lei 8.443/1992 c/c arts. 285, caput e §2º e 286, parágrafo único, do Regimento Interno/TCU:

- a) conhecer do pedido de reexame interposto pelo TRT 10ª Região/DF e TO e, no mérito, negar-lhe provimento;*
- b) dar ciência do Acórdão que for prolatado ao recorrente e aos órgãos/entidades interessados, ressaltando-se que o Relatório e o Voto que o fundamentarem podem ser consultados no endereço www.tcu.gov.br/acordaos, no dia seguinte ao de sua oficialização.”*

2. O Ministério Público junto a esta Corte de Contas manifestou-se de acordo com a proposta formulada pela unidade técnica.

É o Relatório.

VOTO

Por meio do Acórdão 528/2020, a 1ª Câmara deste Tribunal considerou ilegal e negou registro ao ato inicial de aposentadoria emitido no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região/DF e TO em favor da Sra. Márcia Araújo dos Santos, ex-ocupante do cargo de técnico judiciário.

2. Consoante se extrai da fundamentação da deliberação recorrida, a ilegalidade do ato decorreu do pagamento indevido *“da vantagem denominada ‘opção’, o que proporciona acréscimo aos proventos de aposentadoria em relação à última remuneração contributiva da servidora em atividade, resultando no descumprimento do disposto no art. 40, caput e § 2º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998.”*

3. O acórdão impugnado fez menção ainda ao que restou decidido pelo Plenário deste Tribunal, que, por meio do Acórdão 1.599/2019, houve por bem fixar o seguinte entendimento:

“9.4. firmar entendimento 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” (grifos acrescidos).

4. O pedido de reexame ora em julgamento foi interposto pelo órgão jurisdicionado e apresentou as seguintes razões com vistas à obtenção da reforma da decisão recorrida:

i) preliminar de suspensão do julgado, em virtude de tutela cautelar deferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região suspendendo o entendimento firmado no Acórdão 1.599/2019-Plenário;

ii) preliminar de suspensão do julgado, em face da necessidade de se conferir tratamento isonômico com os destinatários de acórdãos que determinaram o sobrestamento da análise de aposentadorias até o julgamento dos recursos interpostos contra o Acórdão 2.988/2018-Plenário;

iii) necessidade de se modular os efeitos da decisão recorrida a teor do art. 23 da Lei 13.655/2018 e diante da abrupta e substancial mudança de entendimento do Tribunal, conforme implementado no Acórdão 12.550/2019-2ª Câmara, autorizando a transformação da parcela opção em VPNI a ser absorvida pelos futuros aumentos remuneratórios da categoria.

5. A Secretaria de Recursos deste Tribunal – Serur, em percuciente parecer, manifestou-se pelo conhecimento e pela negativa de provimento ao recurso, concluindo o seguinte: a) o decidido no Processo 1041687-08.2019.4.01.0000, em curso no TRF-1ª Região, por si só, não autoriza a inclusão da parcela “opção” nos proventos da interessada; b) o sobrestamento do processo não é necessário; c) não houve violação aos princípios da segurança jurídica e da isonomia; e d) não deve ser feita a modulação dos efeitos do acórdão recorrido.

6. O Ministério Público junto a esta Corte de Contas manifestou-se de acordo com a proposta formulada pela unidade técnica.

II – Da natureza jurídica da vantagem denominada “opção”

7. Nos autos do TC-027.914/2013-5, que tratou de representação formulada pela Secretaria de Fiscalização de Pessoal deste Tribunal – Sefip com o objetivo de verificar a legalidade do pagamento aos servidores inativos deste Tribunal da vantagem conhecida como “opção”, exarei voto

revisor analisando de maneira bastante verticalizada a natureza jurídica da referida vantagem, bem como a jurisprudência deste Tribunal sobre o tema, aderindo, ao final, ao Acórdão 2.988/2018-Plenário, relatado pela Ministra Ana Arraes, nos seguintes termos:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação de unidade técnica, na qual se discutem os procedimentos adotados pela Secretaria-Geral de Administração,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo redator, em:

9.1. conhecer desta representação e considerá-la parcialmente procedente;

9.2. deixar assente que os servidores do Tribunal de Contas da União que tenham satisfeito os pressupostos temporais estabelecidos no art. 193 da Lei 8.112/1990 e os requisitos para aposentadoria até 18/1/1995, podem acrescer aos proventos de inatividade, deferidos com base na remuneração do cargo efetivo, o valor da função de confiança, paga pelo valor integral, ou a vantagem dos quintos/décimos/VPNI, de forma não cumulativa, em razão da vedação contida no § 2º do próprio art. 193 da Lei 8.112/1990;

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.”

8. Com vistas a analisar as razões recursais ora deduzidas pelo órgão jurisdicionado, reproduzirei de maneira mais sintética as ideias tratadas no voto por mim proferido naquela ocasião, no tocante à natureza jurídica da vantagem “opção”:

- a vantagem conhecida como “opção” constitui uma fração variável, conforme definido em lei, da remuneração do cargo em comissão/função de confiança. É um direito conferido ao servidor ocupante de cargo efetivo, que vem a assumir cargo em comissão ou função de confiança, de continuar a ser remunerado com base em seu cargo efetivo, mas com o acréscimo decorrente do exercício do novo cargo/função;

- as vantagens decorrentes do exercício de cargo em comissão/função de confiança e função gratificada são de natureza **pro labore faciendo**. Ou seja, são de natureza transitória, uma vez que o servidor somente a elas faz jus enquanto estiver no exercício do cargo ou função;

- uma vez que, nos termos da Constituição Federal, a aposentadoria ocorre no cargo efetivo e os proventos devem guardar relação com esse cargo, não há como imaginar que vantagens associadas ao cargo em comissão ou função de confiança, exercidas em caráter transitório, possam compor os proventos de aposentadoria, salvo autorização legal expressa;

- 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. (...) § 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”;*

- o “direito de opção” a que se refere o § 2º do art. 193 da Lei 8.112/1990 não se confunde com a vantagem “opção”. O § 2º do art. 193 da Lei 8.112/1990 apenas autorizava que o

servidor optasse por se aposentar na forma do **caput** (com base na função comissionada ou cargo em comissão exercido) 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;

- não há, assim, amparo legal para o pagamento da vantagem “opção” para os inativos, uma vez que a Lei 8.112/1990 não menciona expressamente essa possibilidade; contudo, o entendimento que historicamente prevaleceu neste Tribunal foi no sentido de permitir o pagamento da vantagem “opção” àquele servidor que havia implementado os requisitos do art. 193 da Lei 8.112/1990 (cf. Decisão 481/1997-Plenário e outras decisões sucessivas até o Acórdão 2.076/2005-Plenário, proferido em embargos de declaração);

- a construção jurisprudencial que permitiu a extensão do pagamento da vantagem “opção” aos proventos de inatividade, subvertendo a lógica subjacente à legislação de regência, veio lastreada num conceito amplo de paridade de direitos entre servidores em atividade (que pode acumular a remuneração do cargo efetivo com a parcela da função ou cargo em comissão a título de vantagem “opção”) e aposentados, pretensamente albergado pelo § 4º do art. 40 da Constituição Federal de 1988, em sua redação original (e no § 2º do art. 101 da Constituição Federal de 1967);

- o art.193 da Lei 8.112/1990 foi revogado pela Medida Provisória 831/1995, que também previa a sua transformação em vantagem pessoal. Posteriormente, o art. 18 da Lei 9.527/1997 limitou-se a revogar o art. 193 da Lei 8.112/1990, o que conduziria à extinção de seu pagamento, mesmo para os inativos que a ele faziam jus anteriormente. Contudo, o direito de manter o benefício foi expressamente assegurado pelo art. 7º da Lei 9.624/1998, nas seguintes condições: “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).

III – Da jurisprudência recente do TCU sobre a vantagem denominada “opção”

9. No que diz respeito aos recentes acórdãos proferidos pelo Plenário deste Tribunal acerca da vantagem “opção”, registro, desde logo, que esta Corte, por meio do Acórdão 2.988/2018, de maneira diversa do alegado pelo recorrente, em nenhum momento desconstituiu ou tornou insubsistente o Acórdão 2.076/2005-Plenário, que, ao arrepio da lei de regência da matéria, assegurou *“na aposentadoria a vantagem decorrente da opção, prevista no art. 2º da Lei nº 8.911/94, aos servidores que, até a data de 18 de janeiro de 1995, tenham satisfeito os pressupostos temporais estabelecidos no art. 193 da Lei 8.112/90, ainda que sem os requisitos para aposentação em qualquer modalidade”* (cf. item 9.3.1 do acórdão).

10. Com efeito, muito embora este Tribunal, em **obiter dictum**, tenha reconhecido o equívoco do entendimento adotado no Acórdão 2.076/2005-Plenário, dada a sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico, a **quaestio juris** que foi efetivamente submetida à apreciação e que foi acolhida à unanimidade pelo Plenário no Acórdão 2.988/2018 dizia respeito tão somente à impossibilidade de se pagar cumulativamente a vantagem “opção” com os “quintos/décimos/VPNI”, em razão da vedação contida no § 2º do próprio art. 193 da Lei 8.112/1990, questão esta que não fora expressamente debatida e objeto de análise por ocasião da edição do mencionado Acórdão 2.076/2005-Plenário.

11. Ou seja, a tese fixada no Acórdão 2.076/2005-Plenário foi preservada no Acórdão 2.988/2018, ressaltando-se a necessidade de preenchimento dos requisitos de aposentadoria até 18/1/1995, conforme expressamente previsto em lei, bem como a impossibilidade de se pagar cumulativamente a “opção” com os quintos/décimos/VPNI oriundos do exercício de cargo ou função comissionada, tendo em vista o disposto no § 2º do art. 193 da Lei 8.112/1990 e, ainda, a vedação constitucional do **bis in idem** (concessão de dupla vantagem em razão do mesmo fato jurídico).

12. Ressalte-se que, no caso específico dos servidores desta Corte de Contas, o pagamento da vantagem “opção” aos inativos apresentava-se ainda mais desarrazado, já que na estrutura remuneratória do plano de carreira dos servidores do Tribunal de Contas da União sequer existia previsão legal para que os servidores ocupantes de cargos efetivos investidos em funções comissionadas percebessem parte dessa última parcela a título de vantagem “opção”. Isso porque, no caso dos servidores do Tribunal, a lei estabelece que o ocupante de cargo efetivo investido em função de confiança tem direito a receber a respectiva remuneração cumulativamente com o valor integral da função comissionada.

13. Daí a razão de ser do item 9.2 do Acórdão 2.988/2018-Plenário: *“deixar assente que os servidores do Tribunal de Contas da União que tenham satisfeito os pressupostos temporais estabelecidos no art. 193 da Lei 8.112/1990 e os requisitos para aposentadoria até 18/1/1995, podem crescer aos proventos de inatividade, deferidos com base na remuneração do cargo efetivo, o valor da função de confiança, paga pelo valor integral, ou a vantagem dos quintos/décimos/VPNI, de forma não cumulativa, em razão da vedação contida no § 2º do próprio art. 193 da Lei 8.112/1990”* (grifos acrescidos).

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

15. Houve, na verdade, a limitação da eficácia temporal do que restou decidido no Acórdão 2.076/2005-Plenário à data anterior da vigência da Emenda Constitucional 20, de 16/12/1998, haja vista a nova redação dada ao § 2º do art. 40 da CF/1988, segundo a qual: *“os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão”* (grifos acrescidos).

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

17. Registre-se que essas questões trazidas com a superveniência da EC 20/1998 também não foram objeto de consideração, análise e deliberação por este Tribunal por ocasião da edição do Acórdão 2.076/2005-Plenário, que apreciou embargos de declaração opostos ao Acórdão 589/2005-Plenário, proferido em pedidos de reexame interpostos contra a Decisão 844/2001-Plenário, adotada quando da apreciação de estudos sobre a legalidade e constitucionalidade da Decisão 481/1997-Plenário, declarando a nulidade desta última e estabelecendo a legalidade da percepção da parcela denominada opção, nos casos de preenchimento dos requisitos dos arts. 193 da Lei 8.112/1990 ou 180 da Lei 1.711/1952, e definindo a forma de observância dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé nos casos de atos administrativos que se constata serem ilegais.

18. É que, muito embora o Acórdão 2.076 tenha sido proferido no ano de 2005, a referida deliberação, apreciando embargos de declaração, cumpre frisar, suprimiu vícios existentes nos acórdãos sucessivos e na própria Decisão 481/1997-Plenário, que deliberou originariamente sobre o direito ao pagamento da vantagem “opção”, e que foi adotado em data anterior à superveniência da EC 20/1998.

19. Ou seja, no mencionado Acórdão 2.076/2005 não houve debate acerca da superveniência da EC 20/1998 sob o enfoque tratado no Acórdão 1.599/2019-Plenário.

20. Da mesma forma, a jurisprudência dos tribunais no sentido de ser vedado ao servidor público carrear para os proventos da aposentadoria ou para a pensão por ele instituída vantagem remuneratória sobre a qual não incidiu a contribuição previdenciária correspondente, tendo em vista a necessidade de se observar os princípios constitucionais do caráter contributivo e do equilíbrio atuarial e financeiro introduzidos pela EC 20/1998, é bastante recente e ainda não se encontrava pacificada por ocasião do Acórdão 2.076/2005-Plenário.

21. De todo o exposto, tem-se que o entendimento preconizado no Acórdão 2.076/2005-Plenário, que assegurou o pagamento da vantagem “opção” aos servidores aposentados, não foi desconstituído ou tornado insubsistente pelos recentes Acórdãos 2.988/2018 e 1.599/2019, ambos do Plenário.

22. De acordo com as referidas deliberações, que se complementam, os servidores que tenham satisfeito os pressupostos temporais estabelecidos no art. 193 da Lei 8.112/1990 e os requisitos para aposentadoria até o advento da EC 20/1998, que limitou os proventos à remuneração do cargo efetivo no qual se deu a aposentadoria e vedou o pagamento de vantagem em relação à qual não incidiu a respectiva contribuição previdenciária, podem acrescer aos seus proventos de inatividade o pagamento parcial da remuneração do cargo em comissão (“opção”) de forma não cumulativa com a vantagem dos quintos/décimos/VPNI, em razão da vedação contida no § 2º do próprio art. 193 da Lei 8.112/1990.

IV – Do exame do mérito do recurso

IV.1 – Da tutela de urgência recursal deferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região suspendendo o item 9.4 do Acórdão 1.599/2019-Plenário

23. O Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal – SINDJUS/DF ingressou com ação ordinária (1035883-44.2019.4.01.3400) perante a Seção Judiciária do Distrito Federal postulando, em tutela antecipada, a suspensão da aplicação do entendimento firmado no item 9.4 do Acórdão 1.599/2019-Plenário.

24. O pedido foi indeferido pelo juízo de primeiro grau, sobrevindo recurso de agravo de instrumento interposto perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que, monocraticamente, deferiu a tutela recursal de urgência nos seguintes termos:

*“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**” (grifos originais).*

25. Contra a referida decisão foi interposto agravo regimental pela União, ainda pendente de julgamento pelo órgão colegiado.

26. De acordo com a recorrente, *“na medida em que a decisão do TRF, ainda que em sede liminar, cassou o Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário, devem ser considerados também cassados todos os julgados que o utilizaram ou adotaram seus fundamentos para a decisão (...)”*.

27. O Tribunal de Contas da União é órgão público especializado de auxílio ao Congresso Nacional. Possui estatura constitucional e visa orientar o Poder Legislativo no exercício do controle externo, sem, contudo, subordinar-se a ele. Por isso, possui autonomia, cumprindo-lhe, primordialmente, praticar atos administrativos de fiscalização, tendo a Constituição Federal outorgado-

lhe diversas competências para o cumprimento deste mister, inclusive a competência jurisdicional, se se considerar jurisdição todo poder ou autoridade conferida à pessoa, em virtude da qual pode conhecer de certos negócios públicos e os resolver de forma definitiva (*in* Vocabulário Jurídico, De Plácido e Silva, pág. 466). Em verdade, segundo consta da ementa do MS 23.550, Redator para o Acórdão Ministro Sepúlveda Pertence (DJ 31.10.2001), o Tribunal de Contas da União é de “*colorido quase-jurisdicional*”.

28. Não se quer com isso negar o controle jurisdicional dos atos do TCU, tendo em vista o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna. Ocorre que, mesmo nessas hipóteses, a natureza da decisão do Poder Judiciário é rescindente, mas não substitutiva, porquanto a Constituição e a lei reservaram ao TCU a competência para exercer a jurisdição nos processos que lhe são afetos. É dizer, verificada a ilegalidade, pode o Judiciário cassar a decisão desta Corte de Contas, declarando-lhe a nulidade, mas não determinar que o TCU interprete a lei (ou a Constituição) em um determinado sentido.

29. Tal entendimento tem acolhida no próprio Supremo Tribunal Federal, sendo suficiente, neste caso, para comprovação do que se afirma, a transcrição do seguinte trecho do voto condutor do acórdão proferido no MS 21.466/DF, Relator Ministro Celso de Mello, *in* DJ 6/5/1994, com indubitável incidência analógica na espécie:

“Com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais, distanciados do modelo inicial consagrado na Constituição republicana de 1891 – que limitava a sua atuação à mera liquidação das contas da receita e despesa e à verificação de sua legalidade (art. 89) – foram investidos de poderes mais amplos, que ensejam, agora, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais e das entidades de sua administração direta e indireta.

A essencialidade dessa Instituição, surgida nos albores da República com o Decreto nº 966-A, de 07/11/1890, editada pelo Governo Provisório sob a inspiração de Rui Barbosa, foi uma vez mais acentuada com a inclusão, no rol dos princípios constitucionais sensíveis, da indeclinabilidade da prestação de contas da administração pública, direta e indireta (art. 34, VII, d).

A atuação do Tribunal de Contas, por isso mesmo, assume importância fundamental no campo do controle externo e constitui, como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, instrumento de inquestionável relevância na defesa dos postulados essenciais – notadamente os da moralidade administrativa e da legalidade – que informam a própria organização da Administração Pública.

Nesse contexto, o regime de controle externo, institucionalizado pelo novo ordenamento constitucional, propicia, em função da própria competência fiscalizadora outorgada ao Tribunal de Contas da União, o exercício, por esse órgão estatal, de todos os poderes que se revelem inerentes e necessários à plena consecução dos fins que lhe foram cometidos.

Uma das atribuições constitucionais mais expressivas do Tribunal de Contas da União consiste em apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos concessivos de aposentadoria (CF, art. 71, III, segunda parte). Essa especial atribuição – que se destina a fazer prevalecer o princípio da legalidade (PONTAS DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969”, tomo III/261-262, 3ª ed., 1987, Forense) – confere ao Tribunal de Contas um típico poder de controle, na medida em que lhe outorga a prerrogativa de ordenar, ou não, o registro do ato concessivo da aposentação.

No exercício dessa função constitucional de controle (VICTOR NUNES LEAL, “Valor das Decisões do Tribunal de Contas”, in RDA 12/423), o Tribunal de Contas da União procede à verificação da legalidade da aposentadoria, e determina – tal seja a situação jurídica emergente do respectivo ato concessivo – a efetivação, ou não, de seu registro.

Por isso mesmo, o Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se sobre o alcance dessa competência, advertiu que o Tribunal de Contas da União, ao desempenhar a relevante atribuição que lhe foi cometida pelo ordenamento positivo, ‘...só tem uma alternativa: ou julga válida a aposentadoria voluntária nos termos em que foi concedida, ou a julga nula, por ilegal. O que não pode é determinar o registro da aposentadoria em termos diversos dos em que foi ela requerida e deferida...’ (MS nº 20.038, Rel. Min. MOREIRA ALVES, in RTJ 80/394, 407).

Nada impede, contudo, que o Tribunal de Contas da União, especialmente ante a ampliação do espaço institucional de sua ação fiscalizadora, recomende, em constatando a ocorrência de vício de legalidade no ato concessivo da aposentadoria, que se proceda à correção do defeito jurídico verificado.

Essa providência, sugerida pelo Tribunal de Contas da União, destina-se, a partir da possibilidade que se enseja ao órgão administrativo de sanar os vícios que infirmam a validade jurídica do ato, a evitar a medida radical da recusa do registro da aposentadoria concedida.

Mais do que mero poder implícito, essa atribuição decorre de norma expressa de competência que, inscrita no art. 71, IX, da Constituição, autoriza o Tribunal de Contas da União a “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade” (grifado no original).

Se, no entanto, o órgão que proveio o ato juridicamente viciado, agindo nos limites de sua esfera de atribuições, recusar-se a dar execução à diligência recomendada pelo Tribunal de Contas da União – reafirmando, desse modo, o seu entendimento quanto à plena legalidade da concessão da aposentadoria -, ensejar-se-á à Corte de Contas, então, o exercício de sua competência constitucional, cabendo-lhe ordenar, ou não, o registro do ato de inativação.

Se é certo, portanto – tal como ressalta PONTES DE MIRANDA na análise do poder de controle outorgado ao Tribunal de Contas da União (op. Cit., tomo III/258) -, que “Todo ato, quer do Poder Executivo, quer do Poder Legislativo, ou do Poder Judiciário, de que resulte despesa, tem de ser conferido com as leis, para que se verifique se alguma das suas cláusulas viola regra de direito cogente”, mostra-se irrecusável reconhecer que à Corte de Contas efetivamente assiste a competência para, em não sendo atendida na adoção da medida corretiva por ela alvitrada, recusar-se a promover o registro do ato concessivo de aposentadoria.

(...)

Sendo assim, não há como aceitar a opinião da douta Procuradoria-Geral da República no ponto em que, salientando não competir ao Tribunal de Contas da União “...aposentar o impetrante, pagar-lhe ou mandar que lhe paguem os proventos”, propõe que se conceda o writ mandamental “...para determinar àquela Corte de Contas que proceda ao registro da aposentadoria, tal como deferido originariamente pelo órgão competente” (fls. 72).

É de acentuar que, mesmo a jurisprudência desta Corte que não admite a conversão em diligência do processo de apreciação da legalidade de aposentadoria (RTJ 80/394) não

impõe ao Tribunal de Contas da União – ao contrário do entendimento preconizado no parecer do Ministério Público federal – o registro do respectivo ato concessivo. Fosse isso lícito – mas não o é -, e o Supremo Tribunal Federal substituir-se-ia, de modo absolutamente ilegítimo, ao Tribunal de Contas da União, no exercício de sua competência constitucional.

(...)” (grifou-se).

30. Não sem razão, aos membros do Tribunal de Contas da União foram atribuídas constitucionalmente as mesmas prerrogativas da magistratura em equiparação com os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, **in verbis**: “os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40” (§ 3º do art. 73 da CF/1988).

31. Tem-se, assim, que, tal qual os membros do Poder Judiciário, os juízes (Ministros) do Tribunal de Contas da União, no cumprimento de suas atribuições jurisdicionais, estão sujeitos tão somente à lei e ao Direito, sendo a independência funcional um atributo inerente às suas atividades. Desse modo, cabe aos membros deste Tribunal decidir as questões que lhe são submetidas segundo a sua convicção jurídica e de acordo com o princípio do livre convencimento motivado.

32. De tanto, resulta que, seja pela jurisdição atribuída constitucionalmente ao Tribunal de Contas da União, seja pelas prerrogativas da magistratura de que gozam os membros desta Corte de Contas, a decisão tomada monocraticamente pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região não deve ser compreendida no sentido de que este Tribunal não possa ou esteja impedido de apreciar os processos de sua competência de acordo com a livre convicção dos seus magistrados e que deva obrigatoriamente atuar de acordo com o entendimento que aquela Corte Regional entenda ser o correto.

33. Há mais.

34. A técnica de decisão consubstanciada no item 9.4 do Acórdão 1.599/2019-Plenário, concernente à adoção de fixação de entendimento por parte do Plenário desta Corte, encontra-se prevista no Regimento Interno deste Tribunal de Contas da União, notadamente nos seus arts. 16, 17 e 143, **in verbis**:

“Art. 16. Compete ainda ao Plenário:

V - deliberar sobre propostas de fixação de entendimento de especial relevância para a Administração Pública, sobre questão de direito, que somente poderão ser aprovadas por 2/3 dos ministros, inclusive ministros-substitutos convocados.

Art. 17. Compete à Primeira e à Segunda câmaras deliberar sobre:

(...)

§ 2º. Não poderão ser apreciados pelas câmaras os processos que contenham propostas de fixação de entendimento sobre questão de direito em determinada matéria, de determinações em caráter normativo e de estudos sobre procedimentos técnicos, bem como aqueles em que se entender necessário o exame incidental de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público.

Art. 143. A critério do relator poderão ser submetidos, mediante Relação, ao Plenário e às câmaras, observadas as respectivas competências, os processos:

(...)

§ 4º Não poderão constar de Relação os processos que tratem de:

II – proposta de fixação de entendimento prevista no art. 16, inciso V, de determinação de caráter normativo, de suspensão de pagamentos de parcelas de vencimentos, proventos e benefícios e de estudos sobre procedimentos técnicos” (grifos acrescidos).

35. De acordo com o regimento, a fixação de entendimento de especial relevância para a administração pública deve se dar exclusivamente sobre questão de direito e possui quórum qualificado para aprovação de 2/3 dos ministros.

36. Diferentemente da consulta, que possui previsão legal (art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/1992), estabelecendo que a sua resposta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese fixada, tanto para o Tribunal de Contas da União, quanto para os demais órgãos da administração pública, a técnica de julgamento da fixação de entendimento destina-se tão somente a promover a uniformização interna da jurisprudência do Tribunal, que se encontra dividido em duas câmaras de julgamento, além do seu plenário, não possuindo, portanto, nenhuma eficácia extramuros.

37. Além disso, a fixação de entendimento não dispõe de efeito vinculante, seja internamente, seja em relação aos demais órgãos da administração pública. Aliás, não há no âmbito do TCU nenhum tipo de processo de natureza objetiva, com efeito vinculante e eficácia **erga omnes**.

38. De tanto, resulta ser manifestamente equivocado o entendimento do recorrente no sentido de que a suspensão do item 9.4 do Acórdão 1.599/2019-Plenário pelo TRF da 1ª Região teria tornado insubsistentes todos os julgados que o utilizaram ou adotaram seus fundamentos para a tomada de decisão.

39. Em boa verdade, considerando-se tudo que já foi exposto, a suspensão da aplicação do entendimento fixado no item 9.4 do Acórdão 1.599/2019-Plenário, além de se encontrar restrita ao processo e ao ato impugnado judicialmente, não tem nenhuma consequência prática, na medida em que a Constituição Federal assegura aos membros do Tribunal a independência funcional e a prerrogativa de proferir seus votos de acordo com suas próprias convicções.

40. É dizer, havendo ou não a fixação de entendimento acerca de determinada matéria de direito, ainda assim cada Ministro do Tribunal tem o poder-dever de proferir motivadamente o seu voto nas questões que lhe são submetidas de acordo com a sua compreensão do Direito, cabendo ao Poder Judiciário exercer o controle último das decisões desta Corte de Contas unicamente sob o aspecto da legalidade, cassando ou não a decisão proferida, sob pena de violação do princípio constitucional sensível da independência e da harmonia entre os poderes.

41. À luz, portanto, do ordenamento constitucional vigente, a decisão monocrática proferida pelo TRF da 1ª Região não dispõe do alcance pretendido pelo recorrente e não pode ser compreendida no sentido de que os Ministros deste Tribunal estariam impedidos de apreciar os processos que lhes são submetidos de acordo com as suas próprias convicções sobre a matéria.

IV.2 – Da necessidade de tratamento isonômico em relação aos destinatários de acórdãos que determinaram o sobrestamento da análise de aposentadorias até o julgamento dos recursos interpostos contra o Acórdão 2.988/2018-Plenário

42. Como visto anteriormente, por meio do Acórdão 2.988/2018, o Plenário deste Tribunal deliberou que a vantagem “opção” assegurada no Acórdão 2.076/2005-Plenário não pode ser paga de forma cumulativa com a vantagem dos quintos/décimos/VPNI, em razão da vedação contida no § 2º do próprio art. 193 da Lei 8.112/1990.

43. Já a deliberação ora recorrida, fazendo menção ao que restou decidido no Acórdão 1.599/2019-Plenário, encontra-se fundamentada no sentido de que a vantagem “opção” assegurada no Acórdão 2.076/2005-Plenário somente pode ser paga aos servidores que se aposentaram até o advento da EC 20/1988, tendo em vista o disposto no art. 40, **caput** e § 2º, da Constituição Federal, que limitou o valor dos proventos à remuneração do cargo efetivo no qual se deu a aposentadoria.

44. Não há, como se vê, conexão entre as teses de julgamento constantes dos Acórdãos 2.988/2018-Plenário e 1.599/2019-Plenário, muito embora estejam tratando do mesmo tema – pagamento da vantagem “opção” assegurado pelo Acórdão 2.076/2005-Plenário.

45. Ora, se não há correlação entre os julgamentos, o pedido de sobrestamento do acórdão ora recorrido em virtude de recursos interpostos contra o Acórdão 2.988/2018-Plenário, sob pena de violação do princípio da isonomia, não tem coerência lógica e deve, portanto, ser rejeitado.

46. Registre-se, ademais, que, muito embora a 2ª Câmara deste Tribunal tenha determinado, inicialmente, o sobrestamento dos atos de aposentadoria que lhe foram submetidos para fins de registro tratando do tema referente ao pagamento da vantagem “opção”, em razão de recursos interpostos contra o Acórdão 2.988/2018-Plenário, aquele mesmo órgão julgador, ao que parece, reconheceu o próprio equívoco, conforme acima elucidado, já que atualmente vem apreciando a matéria nos mesmos moldes preconizados na decisão ora recorrida proferida por esta 1ª Câmara, inclusive em sede recursal.

47. Assim sendo, se o alegado tratamento discriminatório suscitado pelo recorrente como fundamento da quebra do princípio isonômico (sobrestamento dos autos x negativa de registro) deriva de **error in procedendo** praticado pelo órgão julgador, isto não importa em extensão desse mesmo erro aos demais casos submetidos à apreciação do Tribunal. Isso porque não há isonomia no erro ou na ilegalidade. Com efeito, não existe um direito à “igualdade na ilegalidade” ou à “repetição dos erros”, sendo dever do órgão julgador afastar-se de uma prática anterior que se mostrava equivocada. Conforme jurisprudência do STF: “o erro não constitui precedente útil para imitação” (RMS 4.365/DF, in DJ 1/8/1957, Relator Ministro Antônio Villas Boas)

IV.3 – Da necessidade de modulação dos efeitos do acórdão recorrido

48. Em primeiro lugar, como anteriormente se viu, diversamente do asseverado pelo recorrente, não houve a desconstituição do Acórdão 2.076/2005-Plenário, tampouco foi ele tornado insubsistente.

49. Houve, na verdade, por meio dos Acórdãos 2.988/2018 e 1.599/2019, ambos do Plenário, a imposição de condicionantes ao direito assegurado pelo Acórdão 2.076/2005-Plenário – pagamento de vantagem “opção”, que permanece em vigor, seja em virtude de legislação preexistente (impossibilidade de se acumular o seu pagamento com quintos/décimos/VPNI, nos termos do § 2º do art. 193 da Lei 8.112/1990), seja em virtude de legislação superveniente (imposição de teto aos proventos e necessidade de observância aos princípios constitucionais da contributividade e do equilíbrio atuarial e financeiro, nos termos do art. 40, **caput** e § 2º, alterados pela EC 20/1998).

50. Posto isso, não há que se falar em mudança de entendimento sobre a matéria por parte deste Tribunal, ao menos no que diz respeito ao Acórdão 1.599/2019-Plenário, cujo entendimento decorreu de direito superveniente, apreciando, pela primeira vez, a superveniência da EC 20/1998 sob os aspectos da imposição de teto aos proventos de aposentadoria e da incidência dos princípios constitucionais da contributividade e do equilíbrio atuarial e financeiro do regime previdenciário dos servidores públicos (art. 40, **caput** e § 2º, da CF/1988, com a redação dada pela EC 20/1998).

51. Nesse sentido, muito embora possa se reconhecer que este Tribunal fora omissivo em reavaliar a questão relacionada ao pagamento da vantagem “opção”, já que a EC 20 encontrava-se em vigor desde 1998, não há deliberação anterior do Tribunal autorizando o pagamento da referida parcela a despeito dos princípios constitucionais da contributividade e do equilíbrio atuarial e financeiro do regime previdenciário dos servidores públicos e, portanto, não há como se falar que houve mudança de entendimento ou de orientação do Tribunal acerca da matéria.

52. Também não há que se falar, no caso concreto, em aplicação retroativa de nova interpretação, uma vez que o acórdão recorrido não revisa nem cassa nenhum suposto julgamento anterior pela legalidade da aposentadoria da servidora, mas, sim, o aprecia originalmente, de acordo com a competência conferida à Corte de Contas pelo inciso III do art. 71 da Constituição Federal.

53. Com efeito, o parágrafo único, inciso XIII, do artigo 2º da Lei 9.784/99, invocado pelo recorrente, tem como pressuposto fático da sua incidência a revisão de um determinado ato administrativo em face da mudança de entendimento por parte da administração, ou seja, a alteração de uma situação de fato em face de um novo entendimento acerca da matéria, o que não ocorreu no caso concreto, uma vez que em nenhum momento anterior esta Corte de Contas afirmou que o ato de aposentadoria da servidora interessada era legal.

54. Desse modo, a servidora interessada no presente processo não está acobertada pelo princípio da segurança jurídica sob este aspecto invocado pelo recorrente, porquanto o suposto entendimento anterior deste Tribunal que preconizaria a legitimidade da vantagem jamais lhe foi aplicado; é dizer, sua situação anterior nunca foi reconhecida pelo Tribunal, e, por esta razão, não há que se falar em mudança de entendimento em relação a sua situação jurídica.

55. Quanto ao aspecto objetivo da segurança jurídica, verifica-se, **in casu**, que o ato de aposentadoria da servidora não chegou a se completar, não se tornando, portanto, perfeito, do ponto de vista jurídico, pois, em sendo complexo, não obteve a aprovação deste Tribunal, que não o registrou por considerá-lo ilegal. Assim sendo, também sob esse aspecto, não houve ofensa ao princípio da segurança jurídica, pois, quando da decisão do TCU, ainda não havia ato jurídico perfeito ou direito adquirido a ser protegido, consoante determina a Constituição Federal (art. 5º, XXXVI).

56. Cabe lembrar que é pacífica a jurisprudência da Suprema Corte no sentido de classificar como complexo o ato de aposentação ou de concessão de pensão, em face da competência deste Tribunal estabelecida no artigo 71, inciso III, da Constituição Federal. Portanto, o ato administrativo que concede a aposentadoria somente passa a estar plenamente formado (perfeito), válido (aferição da legalidade com reflexo de definitividade perante a Administração, que não mais pode anulá-lo unilateralmente) e eficaz (plenamente oponível a terceiros, deixando de apresentar executoriedade provisória) quando recebe o registro pela Corte de Contas.

57. Assim sendo, os proventos concedidos à servidora interessada somente estariam confirmados e o ato seria considerado juridicamente perfeito, incorporando-se ao seu patrimônio, com o registro procedido por este Tribunal. Portanto, não há falar em ato jurídico perfeito ou direito adquirido anterior à aferição de sua legalidade por esta Corte de Contas com a concessão do respectivo registro.

58. Veja-se, a propósito do tema, o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. REEXAME DE ATO DE APOSENTADORIA PARA O FIM DE EXCLUSÃO DE PARCELA CONSIDERADA ILEGAL. POSSIBILIDADE. MUDANÇA DE INTERPRETAÇÃO DA LEI. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO.

(...)

3. Não há que se falar em segurança jurídica porque: a) a aposentadoria do impetrante data de 2004, sendo de 2001 a mudança de interpretação da lei de regência do caso; b) o ato de aposentadoria do autor ainda não foi registrado pelo TCU; c) o entendimento anterior jamais foi aplicado pela Corte de Contas quanto ao impetrante; d) a determinação para o reexame da aposentadoria do autor ocorreu menos de dois anos depois da concessão do benefício previdenciário, não se podendo invocar transcurso de prazo decadencial de cinco anos.

4. Segurança denegada” (MS 26.196, Relator Ministro Ayres Britto, **in** DJe 1/2/2011 – grifos acrescidos).

59. Tem-se, assim, que o ato administrativo editado pelo órgão jurisdicionado concedendo à servidora interessada o direito de gozar a aposentadoria com o pagamento da vantagem “opção” é

precário e, a despeito de produzir efeitos a partir da sua publicação, não dispõe do atributo da presunção de legitimidade inerente aos demais atos administrativos, já que sua legalidade, a teor do disposto no inciso III do art. 71 da CF/1988, encontra-se sujeita à apreciação desta Corte de Contas, que atua em auxílio ao Congresso Nacional, a quem compete exercer o controle externo de todos os atos administrativos praticados pelos demais poderes da União.

60. Tais características – precariedade e ausência de presunção de legitimidade –, por certo, afastam a aplicação do regime de transição preconizado pelo órgão jurisdicionado com base nos arts. 23 da LINDB (Lei 13.655/2018) e 103 do Decreto-Lei 200/1967 – transformação da vantagem “opção” em parcela compensatória –, já que não havia e não há confiança digna de ser protegida em relação à preservação ou definitividade do ato administrativo então praticado, devendo o servidor beneficiado pelo ato contar sempre com a possibilidade de sua modificação até que haja o seu registro definitivo pela Corte de Contas, como de fato veio a ocorrer por meio da decisão ora recorrida.

61. Justamente por esses motivos, a modulação adotada no Acórdão 2.988/2018-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” (grifos acrescidos).

62. Por fim, não se pode atribuir a um entendimento do TCU eficácia de lei, como pretende o recorrente, possibilitando-lhe, assim, a concessão de aposentadoria de forma ilegal, com base em um entendimento desta Corte supostamente revisto, como se direito adquirido fosse. Em verdade, não há direito adquirido a determinado entendimento ou à aplicação de determinada jurisprudência de Tribunal, devendo prevalecer, em cada julgamento, a livre convicção dos julgadores acerca da matéria.

63. Com efeito, conforme dicção do Supremo Tribunal Federal, “o que regula os proventos da inatividade é a lei (e não sua interpretação) vigente ao tempo em que o servidor preencheu os requisitos para a respectiva aposentadoria (Súmula 359/STF). Somente a lei pode conceder vantagens a servidores públicos. Inexiste direito adquirido com fundamento em antiga e superada interpretação da lei” (cf. MS 26.196, Relator Ministro Ayres Britto, in DJe 1/2/2011 – grifos acrescidos).

64. Quer isso dizer que a jurisprudência dos tribunais, em nosso sistema jurídico, à exceção das decisões adotadas em caráter vinculante e com efeito **erga omnes**, não constitui base idônea para a formação da confiança do cidadão, o que implica dizer que não pode ele confiar na persistência da jurisprudência, mesmo em relação a casos situados no passado.

65. Para Hartmut Maurer, os tribunais não são chamados para criação do direito, mas para sua aplicação. Além disso, pela modificação da jurisprudência, não é criado direito novo, mas, sim, interpretado de outra forma um direito já existente. Daí a necessidade de o novo entendimento ser aplicado pro futuro a todos os casos compreendidos pela norma jurídica. Para ele, se se pedisse, baseando-se no princípio da proteção à confiança, a aplicação da jurisprudência mais antiga aos casos antigos, deveriam os tribunais decidir antijuridicamente, o que não se compatibilizaria com o princípio do Estado de Direito. Com efeito, nesses casos, a confiança de um cidadão (beneficiário da interpretação antiga) seria protegida, mas a confiança de todos os demais cidadãos, que esperam que as questões ainda não decididas sejam apreciadas segundo o direito vigente, decepcionada (in Contributos para o Direito do Estado. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2007. pp. 139-141).



Ante o exposto, acolho, no essencial, os pareceres e VOTO por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto a este colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 18 de agosto de 2020.

BENJAMIN ZYMLER
Relator

ACÓRDÃO Nº 8734/2020 – TCU – 1ª Câmara

1. Processo nº TC 031.231/2019-5.
2. Grupo I – Classe de Assunto: I - Pedido de Reexame (Aposentadoria)
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Interessado: Marcia Araújo dos Santos (247.710.741-00)
 - 3.2. Recorrente: Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região/DF e TO (02.011.574/0001-90).
4. Órgão/Entidade: Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região/DF e TO.
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (SERUR); Secretaria de Fiscalização de Pessoal (SEFIP).
8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de pedido de reexame interposto contra o Acórdão 528/2020-1ª Câmara, que considerou ilegal o ato de aposentadoria de Marcia Araújo dos Santos,

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

- 9.1. conhecer do pedido de reexame, para, no mérito, negar-lhe provimento;
- 9.2. dar ciência ao órgão jurisdicionado de que a tutela de urgência recursal deferida nos autos da Ação Ordinária 1035883-44.2019.4.01.3400 pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, suspendendo o item 9.4 do Acórdão 1.599/2019-Plenário, não constitui óbice ao cumprimento da presente deliberação;
- 9.3. dar ciência ao órgão jurisdicionado de que o descumprimento do acórdão deste Tribunal poderá ensejar a aplicação da pena de multa de que cuida o art. 58 da Lei 8.443/1992, além da responsabilização solidária do gestor público pelos pagamentos realizados indevidamente;
- 9.4. encaminhar cópia do inteiro teor da presente deliberação à relatora do agravo de instrumento interposto perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região nos autos da Ação Ordinária 1035883-44.2019.4.01.3400;
- 9.5. encaminhar cópia da presente deliberação à Consultoria Jurídica deste Tribunal – Conjur, a fim de que sejam adotadas outras providências judiciais (suspensão de liminar, suspensão de tutela antecipada etc.) em relação à decisão monocrática adotada pelo TRF da 1ª Região nos autos da Ação Ordinária 1035883-44.2019.4.01.3400, haja vista a gravidade da interpretação que vem sendo conferida à referida decisão pelos órgãos jurisdicionados a este Tribunal;
- 9.6. dar ciência da presente deliberação à interessada.

10. Ata nº 28/2020 – 1ª Câmara.

11. Data da Sessão: 18/8/2020 – Telepresencial.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-8734-28/20-1.

13. Especificação do quórum:

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

13.2. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
WALTON ALENCAR RODRIGUES
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
BENJAMIN ZYMLER
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Subprocurador-Geral