

GRUPO I – CLASSE I – Primeira Câmara

TC 030.480/2019-1.

Natureza: Pedido de reexame (Aposentadoria).

Órgão: Tribunal Superior do Trabalho.

Recorrente: Eliane Alves dos Santos (402.551.666-72).

Representação legal: Marluccio Lustosa Bonfim (OAB/DF 16.619) e outros.

**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. PEDIDO DE REEXAME. 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 26), com a qual se manifestou de acordo o corpo gerencial daquela unidade técnica especializada (peça 27), a seguir transcrita:

### INTRODUÇÃO

1. Trata-se de pedido de reexame interposto por Eliane Alves dos Santos (CPF 402.551.666-72), ex-servidora do Tribunal Superior do Trabalho (TST) (peças 13-15), contra o Acórdão 4692/2020–TCU–1ª Câmara (Rel. Min. BRUNO DANTAS), prolatado na sessão de 20/4/2020.

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor (grifou-se):

VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se aprecia aposentadoria instituída no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da Primeira Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 71, incisos III e IX, da Constituição Federal de 1988, c/c os arts. 1º, inciso V, 39, inciso II, e 45 da Lei 8.443/1992, e ainda com o art. 260, § 1º, 261, caput e § 1º, e 262, caput e § 2º, do Regimento Interno do TCU, em:

9.1. considerar ilegal a aposentadoria de Eliane Alves dos Santos, negando o registro ao ato correspondente;

9.2. dispensar o ressarcimento das quantias indevidamente recebidas de boa-fé (enunciado 106 da súmula da jurisprudência predominante do TCU);

9.3. determinar ao Tribunal Superior do Trabalho que:

9.3.1. no prazo de 15 (quinze) dias, faça cessar os pagamentos decorrentes do ato ora considerado ilegal, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa, até a emissão de novo ato, livre das irregularidades apontadas, a ser submetido à apreciação do TCU no prazo de 30 (trinta) dias;

9.3.2. no prazo de 15 (quinze) dias, dê ciência do inteiro teor desta deliberação à interessada cujo ato ora é considerado ilegal, esclarecendo-lhe que o efeito suspensivo proveniente da interposição de recurso não a exime da devolução dos valores percebidos indevidamente após a notificação sobre o presente acórdão, em caso de não provimento do recurso porventura impetrado;

9.3.3. no prazo de 30 (trinta) dias, informe ao TCU as medidas adotadas, sem prejuízo de encaminhar comprovante sobre a data em que a interessada tomou conhecimento do contido no item anterior;

9.4. dar ciência deste acórdão ao Tribunal Superior do Trabalho.

2. O ato de aposentadoria em questão foi julgado ilegal em virtude de constar a incorporação da parcela vulgarmente conhecida como “opção” (ato de aposentadoria à peça 2).

2.1. O voto revisor do e. Ministro Benjamin Zymler, por ocasião da apreciação do TC 027.914/2013-5 (Acórdão 2988/2018–TCU–Plenário, Sessão de 12/12/2018), veiculou didático histórico sobre a cognominada parcela “opção”, o qual será apresentado abaixo como base para melhor compreensão da matéria (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 deste 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 semelhantes, 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 obívio 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 acrescer 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. 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.

2.37. 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.

2.40. 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**

2.41. Do ato de aposentadoria em questão, podem-se extrair as seguintes informações (peça 2): o(a) beneficiário(a) conta com 35 anos, 4 meses e 19 dias de tempo de serviço; a vigência do ato é a partir de 25/8/2017. Assim, só veio a adquirir o direito à aposentação após a vigência da EC 20/1998;

2.42. 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 ser 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. O recurso foi conhecido pelo relator sorteado, r. Ministro Vital do Rêgo, suspendendo os efeitos dos itens 9.1, 9.3 e 9.3.1 do Acórdão recorrido, conforme despacho à peça 21.

### **EXAME DE MÉRITO**

#### **Delimitação**

4. Constitui objeto da presente instrução definir se:

a) houve ofensa à Emenda Constitucional 20/1998;

- b) houve a incidência da contribuição previdenciária sobre a opção até 28/1/1999;
- c) houve violação aos princípios da segurança jurídica e da isonomia;
- d) houve violação ao direito adquirido;
- e) os efeitos do acórdão recorrido devem ser modulados (irretroatividade de nova interpretação);
- f) a decisão monocrática liminar proferida nos autos do Agravo de Instrumento 1041687-08.2019.4.01.0000, que tramita no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1ª Região), é bastante para justificar a modificação do Acórdão ora recorrido.

#### **Da ofensa à EC 20/1998**

5. A recorrente sustenta não ter havido violação à Emenda Constitucional (EC) 20/1998, com base em argumentos cuja essência pode ser assim sumariada:

5.1. Alega que, nos termos da legislação em vigor (Lei 8.852/1994, art. 1º, inciso III), integraria 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.

5.2. Segundo alega, o pagamento na aposentadoria da parcela denominada "opção" aos servidores públicos que, até a data de 18 de janeiro de 1995, tenham satisfeito os pressupostos temporais estabelecidos no art. 193 da Lei 8.112/1990, não violaria 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, integraria a remuneração do servidor ocupante de cargo efetivo (inciso III do art. 1º da Lei 8.852/1994).

#### Análise:

5.3. Não assiste razão à recorrente quanto ao ponto.

5.4. O § 2º do art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998 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).

5.5. O art. 41 da Lei 8.112/1990 dispõe:

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

5.6. 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.

5.7. Portanto, diferentemente do alegado, por ter natureza transitória, não permanente, a parcela cognominada "opção" não integra a remuneração dos servidores públicos federais.

5.8. Quanto ao conceito de remuneração previsto na Lei 8.852/1994, trata-se de definição obrigatoriamente aplicável tão somente à específica matéria regradada por aquele próprio diploma, como expresso 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:

(...)

5.9. Assim, conclui-se ter havido violação ao § 2º do art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998.

### **Da incidência da contribuição previdenciária até 28/1/1999**

6. Alegação recursal aduz que o TCU somente teria decidido pela não incidência da contribuição social sobre a retribuição pelo exercício de função comissionada na sessão de 29/8/2001, 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). Novamente alude ao texto da EC 20/1998 em conjunto com a Lei 8.852/1994 (art. 1º, III) e ao art. 193 da Lei 8.112/1990.

#### Análise:

6.1. O recurso não merece êxito quanto ao ponto. Sobre a questão, convém observar as judiciosas considerações do e. Ministro Benjamin Zymler, por ocasião da apreciação do TC 001.928/2019-8 (Acórdão 5.919/2019–TCU–1ª Câmara, Sessão de 23/7/2019):

9. (...) As parcelas remuneratórias decorrentes do exercício das funções comissionadas deixaram de constituir base de incidência para a contribuição previdenciária desde 16/12/1998, motivo pelo qual também não podem integrar os proventos de aposentadoria.

10. Nessa linha, a própria legislação editada após a EC 20/1998 não previa a incidência de contribuição previdenciária sobre as funções de confiança e assemelhadas, como se depreende do art. 1º da Lei 9.783, publicada em 28/1/1999, na sequência da aprovação da EC 20/1998 (grifos acrescidos):

*“Art. 1º A contribuição social do servidor público civil, ativo e inativo, e dos pensionistas dos três Poderes da União, para a manutenção do regime de previdência social dos seus servidores, será de onze por cento, incidente sobre a totalidade da remuneração de contribuição, do provento ou da pensão. (Vide Lei nº 10.887, de 2004) Vide ADIN 2010, de 1999*

*Parágrafo único. Entende-se como remuneração de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual, ou quaisquer vantagens, inclusive as relativas à natureza ou ao local de trabalho, ou outra paga sob o mesmo fundamento, excluídas: (...)”*

11. Essa matéria foi objeto da Decisão 683/2001-Plenário, prolatada em 29/8/2001, na qual o Tribunal, acolhendo a dissidência capitaneada pelo Ministro Ubiratan Aguiar, firmou o seguinte entendimento:

*“O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Redator, DECIDE conhecer da Representação formulada pela então Divisão de Pagamento - Dipag/Serec/Segedam e, tendo em vista o disposto nos arts. 40, § 12, 201, § 11, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, firmar o entendimento de que a retribuição pelo exercício de função comissionada não constitui parcela integrante da remuneração sobre a qual incide a contribuição social do servidor público civil ativo, a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 20/98.”*

12. Contra essa decisão foi interposto pedido de reexame pelo Subprocurador-Geral Ubaldo Alves Caldas, que não foi conhecido (Decisão 1077/2001-Plenário).

6.2. Reafirma-se que referidas considerações são pertinentes, razão por que merece ser rejeitado o argumento apresentado pelo recorrente.

### **Dos princípios da segurança jurídica e da isonomia**

7. O recorrente aduz que estaria havendo violação aos princípios da segurança jurídica e da isonomia, com base nos argumentos adiante sintetizados.

7.1. Alega que a prerrogativa do TCU de alterar o seu posicionamento deveria encontrar limite no princípio da segurança jurídica, também de hierarquia constitucional, pois os administrados não poderiam estar 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 a Corte de Contas e insegurança jurídica para o administrado.

7.2. Vindica que o TCU considere, também, os inúmeros atos de aposentadoria julgados e registrados nos últimos quatorze anos, tidos como legais por essa Corte de Fiscalização, com base no entendimento firmado por meio do Acórdão 2.076/2005–TCU–Plenário.

Análise:

7.3. Conforme anotado no histórico consignado em tópico anterior desta instrução, a conclusão de que a presente concessão é ilegal deveu-se, unicamente, ao exame da legislação referente ao instituto da parcela vulgarmente conhecida como “opção”.

7.4. No que tange à jurisprudência superada deste Tribunal, observa-se que os juízes são independentes e estão submetidos primeiramente à Constituição e à lei (fontes primárias do direito brasileiro), e apenas indiretamente, à jurisprudência – para alguns tipos de precedentes expressamente ditados pela lei. Sobre o tema, ao comentar a crescente importância da jurisprudência no sistema jurídico brasileiro, Cândido Rangel Dinamarco realça a necessidade de diferenciar a força vinculante entre os diversos tipos de precedentes:

[...]. Mas ressalva-se que a jurisprudência dotada desse poder de impor não é toda e qualquer linha de julgamentos, de qualquer tribunal [...]. Somente integram as fontes do direito os precedentes, decisões e linhas jurisprudenciais indicados na lei, especialmente no art. 927 do Código de Processo Civil, os quais, pelo maior peso sistemático de que são dotados, diferenciam-se dos demais e ganham essa eficácia de se projetarem em julgamentos futuros. (DINAMARCO, Cândido R. *et alter*, *Teoria Geral do Novo Processo Civil*, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 43-44).

7.5. Caso se pretendesse trazer ao microsistema do processo administrativo de controle externo a cargo do TCU a referida visada dirigida ao Poder Judiciário, *mutatis, mutandis*, os precedentes de elevada força vinculativa indicados expressamente pelo legislador no art. 927, do CPC, encontrariam algum paralelo apenas (i) nas respostas a consultas, (ii) nas súmulas e (iii) nos acórdãos proferidos para resolver incidente de uniformização de jurisprudência (Lei 8.443/1992, art. 1º, XVII, § 2º, art. 3º e RI/TCU, art. 85 e art. 91). As três hipóteses (em especial a primeira) inegavelmente constituem pontos de amarração diferenciados de trilhas jurisprudenciais no âmbito do TCU, justamente por serem tais deliberações forjadas a partir de discussão distanciada das peculiaridades de determinado caso concreto, resultando comandos (ou teses) dotados de maior abstração e generalidade (características próprias de atos normativos). Assim, seria razoável aceitar que, naquelas três hipóteses, as decisões irradiem maior expectativa de estabilidade aos jurisdicionados do TCU. Entretanto, quanto à matéria em debate (parcela “opção” em atos de aposentadoria), não se vê precedente desta Corte de Contas com aquele “peso sistemático” especial.

7.6. Também ensina Paulo Nader:

É princípio assente na moderna hermenêutica jurídica que os juízes devem interpretar o Direito evolutivamente, conciliando velhas fórmulas com as novas exigências históricas. Nesse trabalho de atualização, em que a letra da lei permanece imutável e a sua compreensão é dinâmica e evolutiva, o juiz colabora decisivamente para o aperfeiçoamento da ordem jurídica. Ele não cria o mandamento jurídico, mas apenas adapta princípios e regras à realidade social. Mantém-se fiel, portanto, aos propósitos que nortearam a elaboração das normas. [...] (NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*; Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 176).

7.7. Nessa linha, não se afigura heterodoxo que o TCU interprete o regramento da parcela “opção” de acordo com as regras de hermenêutica, não se pautando exclusivamente por precedentes jurisprudenciais de baixo grau de vinculação cujas teses são superadas em dado momento por compreensão evolutiva das normas aplicáveis a determinados fatos. Nesse passo, não há que se falar em violação ao princípio da isonomia.

7.8. Ademais, observa-se que a jurisprudência deste tribunal se inclinou e tem se sedimentado claramente no sentido da irregularidade do pagamento da parcela opção juntamente com quintos, conforme se extrai de centenas de julgados recentes desta Casa em sentido unívoco, 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.

7.9. Sobre o princípio da segurança jurídica, cabe lembrar a assentada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de classificar como ato complexo a concessão de aposentadoria, reforma ou pensão, sendo “necessária a conjugação das vontades do órgão de origem e do Tribunal de Contas”, consoante os seguintes julgados (RE-636553, RMS-3881/SP, MS-19875/DF, RE-195861, MS-23665). A propósito do tema, veja-se, dentre incontáveis outros, o seguinte precedente que bem ilustra referido entendimento há muito assentado pelo STF:

[...]. ADMINISTRATIVO. [...]. NEGATIVA DE REGISTRO DE APOSENTADORIAS DE SERVIDORES PÚBLICOS. CONTROLE EXTERNO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. DISCUSSÃO SOBRE A LEGALIDADE DO ATO. MÉRITO ADMINISTRATIVO. REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. ART. 5º, XXXV, DA CF. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. [...]. 1. O ato de aposentação configura ato complexo e a aposentadoria só se aperfeiçoa com o registro do Tribunal de Contas, que exerce sua função constitucional de controle externo (art. 71 da CF). 2. A atuação do Poder Judiciário no controle do ato administrativo só é permitida quanto tal ato for ilegal ou abusivo, sendo-lhe defeso qualquer incursão no mérito administrativo. Precedentes. 3. Não cabe, no âmbito do recurso extraordinário, corrigir eventual injustiça da decisão dos Tribunais de Contas. 4. [...]. (RE 1222222 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 29/6/2020, DJe 7/7/2020). (grifou-se)

7.10. Sendo do tipo complexo o ato de aposentadoria, 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 pelo Tribunal de Contas. Tal entendimento decorre do disposto no inciso III do art. 71 da Constituição Federal, que atribui ao TCU o poder-dever de apreciar, para fins de registro, a legalidade de referidos atos de pessoal.

7.11. Nessa perspectiva, impõe-se reconhecer que atos da espécie possuem natureza precária enquanto reconhecidos apenas pela Administração concedente (primeira manifestação de vontade). Ou seja, até que haja o efetivo julgamento pela legalidade e o consequente registro pelo TCU (segunda manifestação de vontade), seria impróprio falar em direito adquirido, ato jurídico perfeito, proteção da confiança, ou em irredutibilidade dos proventos, tendo em vista a ausência de aperfeiçoamento anterior e definitividade do ato jurídico (complexo).

7.12. 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 inicial (relativa) de legitimidade do ato administrativo (manifestação de vontade do órgão de origem) 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.

7.13. A boa-fé da beneficiária foi considerada no Acórdão recorrido ao se dispensar a devolução dos valores indevidamente recebidos.

7.14. Por fim, cumpre repisar 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.

7.15. Nesse quadro, referidos argumentos recursais levantados não merecem prosperar.

### **Do direito adquirido**

8. A impugnação recursal invoca suposta violação ao direito adquirido.

8.1. Sustenta que o Acórdão 1.599/2019–TCU–Plenário teria desconsiderado o princípio constitucional do direito adquirido (CF/1988, art. 5º, XXXVI), 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 intercalados. Segundo defende, a referida norma legal não exigia o tempo de serviço para aposentadoria.

#### Análise:

8.2. 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.

8.3. Portanto, sob o prisma 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.

8.4. 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).

8.5. Ante o exposto regramento normativo, os argumentos recursais apresentados não merecem prosperar quanto ao ponto.

### **Da modulação dos efeitos da decisão recorrida e da alegada irretroatividade de nova interpretação administrativa**

9. A peça recursal defende necessidade de o Tribunal modular os efeitos do acórdão recorrido, com base nos seguintes argumentos, em suma:

9.1. Alude à Lei 13.655/2018, que acresceu ao 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 daquele diploma.

9.2. Invoca o Decreto-Lei 200/1967, art. 103.

9.3. Segundo sua interpretação, referidos dispositivos normativos 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 TCU, 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. Realçam que o ato de aposentadoria em questão teria sido publicado (pela Administração responsável) anteriormente a 12/12/2018, data da sessão em que foi prolatado o Acórdão 2988/2018-TCU-Plenário.

#### Análise:

9.4. As alegações recursais não merecem prosperar quanto ao ponto.

9.5. No caso em reexame, conforme sedimentado entendimento do STF antes anotado, o ato de concessão de aposentadoria pela Administração a que estava vinculado o interessado, embora produza efeitos, permanece precário, haja vista não ter se consumado o respectivo registro pelo TCU (ato complexo) em razão da identificação de ilegalidade, o que afasta a presunção de legitimidade do ato administrativo que concedeu o benefício ao recorrente (CF, art. 71, III). Não havendo relação jurídica consolidada, não seria próprio falar em desconstituição abrupta pelo TCU, o que desidrata a argumentação que defende necessidade de modulação dos efeitos da decisão combatida.

9.6. Demais disso, não se examina norma de conteúdo indeterminado, conforme previsto no art. 23 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942, redação dada pela Lei 13.655/2018).

9.7. A título ilustrativo, seria útil mencionar que o TCU, apreciando a mesma questão quanto a servidores de seus próprios quadros, empreendeu modulação de efeitos exclusivamente para os atos já registrados (julgados legais) por esta Corte de Contas, preservando a relação jurídica madura em razão de o ato administrativo complexo já estar aperfeiçoado (Acórdão 2.988/2018–TCU–Plenário,

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.

9.8. No que tange à Lei 9.784/1999 (art. 2º, parágrafo único, XIII) e à LINDB (art. 24), que visam vedar aplicação retroativa de nova interpretação, convém observar que normas especiais (legal e regulamentar) regem o processo administrativo de controle externo a cargo do TCU (Lei 8.443/1992 e Regimento Interno/TCU). Assim, outras normas de caráter geral, a exemplo da Lei 9.784/1999 e da LINDB, incidem apenas para preencher eventuais lacunas e devem ser aplicadas naquilo que for compatível com o regramento especial.

9.9. Nesse ponto, é preciso observar o teor do art. 260, § 2º, do Regimento Interno/TCU, cuja força normativa é extraída de expressa autorização legislativa (Lei 8.443/1992, art. 3º c/c art. 39, § 1º):

Art. 260. [...]

§ 2º O acórdão que considerar legal o ato e determinar o seu registro não faz coisa julgada administrativa e poderá ser revisto de ofício pelo Tribunal, com a oitiva do Ministério Público e do beneficiário do ato, dentro do prazo de cinco anos da apreciação, se verificado que o ato viola a ordem jurídica, ou a qualquer tempo, no caso de comprovada má-fé.

9.10. Nesse quadro, o argumento de que teria havido violação ao princípio da vedação de aplicação retroativa de nova interpretação se esmaece por três razões principais:

i) não há direito adquirido à exegese;

ii) não houve o registro do ato de aposentadoria do interessado, de tal arte a não se aplicar a máxima de que a “modificação posterior de jurisprudência não alcançaria as situações consolidadas à luz de critério interpretativo anterior”. Isto porque poder-se-ia falar em situação consolidada apenas quando o ato de concessão recebe o registro do TCU, por ser ato complexo;

iii) o acórdão que julgar legal o ato de aposentadoria e determinar o seu registro não faz coisa julgada administrativa, nos termos do § 2º do art. 260 do Regimento Interno deste Tribunal.

9.11. Ante tal contexto e os elementos fáticos do caso concreto, não emergem fundamentos sólidos para acatar os argumentos apresentados pelos recorrentes.

#### **Da decisão judicial (liminar monocrática) proferida nos autos do Agravo de Instrumento 1041687-08.2019.4.01.0000, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 1ª Região**

10. Argumentação recursal alude à ação judicial de autos 1035883-44.2019.4.01.3400 (em trâmite na 5ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal), ajuizada pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal (Sindjus/DF) contra a União e ao Agravo de Instrumento 1041687-08.2019.4.01.0000 manejado pela mesma entidade sindical para impugnar decisão interlocutória naquela ação principal. Os ora recorrentes requerem que, até o julgamento colegiado do aludido Agravo de Instrumento 1041687-08.2019.4.01.0000, ou até eventuais posteriores decisão ou sentença pelo juízo primitivo da ação principal referenciada (autos 1035883-44.2019.4.01.3400), seja mantido o pagamento referente à parcela da rubrica “opção” do art. 193 da Lei 8.112/90 à recorrente, conforme a tutela provisória concedida em tal Agravo de Instrumento, bem como o pagamento de quintos imunizados pela coisa julgada. Alegam que o e. Relator do Acórdão ora recorrido valeu-se de fundamentação expressamente arrimada no Acórdão 1599/2019-TCU-Plenário, cuja tese teria sido afastada em decisão liminar monocrática no âmbito daquele Agravo de Instrumento (TRF-1ª Região).

10.1. Com o pedido de reexame em análise foi juntada declaração do Sindjus/DF informando que a recorrente é filiada àquela entidade desde 7/3/2019 (peça 15).

#### Análise

10.2. A decisão liminar monocrática da i. Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas nos

autos do Agravo de Instrumento 1041687-08.2019.4.01.0000, em trâmite no TRF-1ª Região foi exarada em 21/2/2020 nos seguintes termos (disponível em: <<https://pje2g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/listView.seam>>):

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.

10.3. Ocorre que a inclusão da parcela “opção” nos proventos de aposentadoria da recorrente 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 5.919/2019 - 1ª Câmara, de relatoria do ministro Benjamin Zymler, entre outros).

10.4. Assim, ainda que resultasse superada a irregularidade constante do item (i) supra, persistiria margem para considerar ilegal a inclusão da parcela “opção” nos proventos do recorrente, pelas razões elencadas nos subitens (ii) e (iii) retromencionados. Ademais, a circunstância de o Relator *a quo* ter referenciado o aludido Acórdão 1599/2019-TCU-Plenário, como argumento adicional (alinhamento à diretriz jurisprudencial formada pelo TCU) não afasta nem diminui a força normativa fundamental oriunda dos próprios diplomas legislativos em questão.

10.5. Logo, independentemente do deslinde do Agravo de Instrumento 1041687-08.2019.4.01.0000, cuja apreciação definitiva encontra-se pendente no TRF-1ª Região, não emergem claros, a priori, elementos cogentes para o TCU rever indistintamente todos os julgamentos de atos de pessoal entre cujos fundamentos figure, dentre outros, menção ao Acórdão 1599/2019-TCU-Plenário.

10.6. Acrescente-se que, nos termos da Questão de Ordem aprovada na Sessão Plenária de 8/6/2011 (Ata 22/2011), as informações necessárias ao acompanhamento do processo 1041687-08.2019.4.01.0000 (Agravo de Instrumento), em trâmite no TRF-1ª Região, bem assim da ação principal de autos 1035883-44.2019.4.01.3400, em trâmite na 5ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, devem ser encaminhadas ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Advocacia-Geral de União (AGU) e à Consultoria Jurídica do TCU, a quem compete elucidar as eventuais repercussões concretas das decisões judiciais proferidas naqueles dois autos em trâmite na Justiça Federal neste e em cada um dos processos em curso nesta esfera administrativa de controle externo que, eventualmente, envolvam pessoas substituídas como parte processual pelo autor daqueles feitos (Sindjus/DF). Por fim, não custaria realçar que o Acórdão do TCU ora recorrido encontra-se com efeitos suspensos por despacho do e. Relator sorteado (art. 48, da Lei 8.443/1992), de modo que, enquanto não for apreciado o mérito dos presentes recursos pelo r. Colegiado julgador do TCU, não se vislumbra, em princípio, afetação prática ao beneficiário do ato de aposentadoria em questão e/ou à Administração responsável pelo respectivo ato.

## CONCLUSÃO

11. Das análises anteriores, ante os elementos constantes dos autos até o momento, as disposições normativas e diretrizes jurisprudenciais aplicáveis, conclui-se que:

a) o ato em reexame ofendeu a Emenda Constitucional 20/1998;

- b) as parcelas remuneratórias decorrentes do exercício das funções comissionadas deixaram de constituir base de incidência para a contribuição previdenciária desde 16/12/1998;
- c) não houve violação aos princípios da segurança jurídica e da isonomia;
- d) não houve violação ao direito adquirido;
- e) não houve aplicação retroativa indevida de nova interpretação e não deve ser feita a modulação dos efeitos do acórdão recorrido;
- f) a decisão liminar monocrática proferida nos autos do Agravo de Instrumento 1041687-08.2019.4.01.0000, em curso no TRF-1ª Região, por si só, não autoriza a validação da parcela “opção” nos proventos do recorrente;

11.1. Tais conclusões sustentam a proposta de negar provimento ao recurso em análise.

#### **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

12. Ante o exposto, submetem-se os autos às instâncias subsequentes, propondo-se:

- a) conhecer do recurso interposto, para, no mérito, negar-lhe provimento;
- b) 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 Consultoria Jurídica do TCU as informações necessárias ao acompanhamento dos processos de autos 1041687-08.2019.4.01.0000, em trâmite no TRF-1ª Região, e 1035883-44.2019.4.01.3400, em trâmite na 5ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal e avaliação de eventuais repercussões concretas nestes autos administrativos de controle externo;
- c) dar ciência do acórdão que for prolatado aos recorrentes 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](http://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. Sérgio Ricardo Costa Caribé, manifestou-se de acordo com a proposição da unidade técnica (peça 29).

É o Relatório.

## VOTO

Aprecia-se, nesta oportunidade, pedido de reexame interposto pela Sra. Eliane Alves dos Santos contra o Acórdão 4.692/2020-TCU-1ª Câmara, por meio do qual esta Corte de Contas considerou ilegal o ato de aposentadoria emitido em favor da 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 a recorrente se aposentou em 25/8/2017, portanto, depois do advento da Emenda Constitucional 20/1998.

2. No pedido de reexame interposto pela Sra. Eliane Alves dos Santos (peça 13), a recorrente alega, em síntese, que: (i) não houve ofensa à EC 20/1998; (ii) houve contribuição previdenciária sobre a parcela até 28/1/1999; (iii) houve violação dos princípios da segurança jurídica, isonomia e direito adquirido; (iv) o acórdão recorrido deve ser, no mínimo, modulado quanto à questão da opção e (v) a decisão monocrática liminar proferida nos autos do Agravo de Instrumento 1041687-08.2019.4.01.0000, que tramita no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1ª Região), é bastante para justificar a modificação do Acórdão ora recorrido;

3. A Secretaria de Recursos, em seu parecer, propõe que o recurso interposto pela recorrente seja conhecido, e no mérito, negado a ele provimento. A Serur, concluiu, em síntese, que: (i) o ato ofende a EC 20/1998; (ii) não houve violação aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e do direito adquirido; (iii) não cabe modulação de efeitos do acórdão recorrido quanto a opção e (iv) a decisão liminar monocrática proferida nos autos do Agravo de Instrumento 1041687-08.2019.4.01.0000, em curso no TRF-1ª Região, por si só, não autoriza a validação da parcela “opção” nos proventos da recorrente.

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

**-II-**

5. Quanto à admissibilidade do recurso interposto pela recorrente, ratifico o entendimento já externado no despacho de peça 18, no sentido de que o presente recurso seja conhecido, uma vez preenchidos os requisitos de admissão que regem a espécie.

6. No tocante à análise de mérito do apelo, registro minha concordância com os pareceres precedentes, razão pela qual adoto como minhas as conclusões formuladas pela Serur e pelo MPTCU por seus próprios fundamentos sem prejuízo de tecer os breves comentários a seguir.

7. 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).

8. 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.

9. Por tal característica, não houve contribuição previdenciária sobre a parcela denominada “opção” no período em que a 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.

10. 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 da recorrente. Além disso, a referida decisão apenas complementa o entendimento consubstanciado no Acórdão 2.076/2005-TCU-Plenário não sendo correto dizer que o referido *decisum* teria sido desconstituído. Nesse sentido transcrevo as oportunas e esclarecedoras razões constantes do voto condutor do Acórdão 8.733/2020-TCU-1ª Câmara, da relatoria do Min. Benjamin Zymler, proferido na sessão de 18/8/2020:

(...)

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 20/1988.

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.

11. Vale mencionar que o ato de aposentadoria emitido de forma precária, pelo Tribunal Superior do Trabalho, em favor da Sra. Eliane Alves dos Santos com vigência na data de 25/8/2017, foi disponibilizado ao TCU em 28/9/2017 e apreciado em 20/4/2020, ocasião em que o ato foi tido por ilegal. Portanto, o ato da recorrente foi apreciado pelo TCU após a prolação do Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário, razão pela qual teve o registro negado.

12. No que diz respeito à decisão proferida nos autos do processo 1041687-08.2019.4.01.0000, apreciado pelo 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 da recorrente, tais como violação à regra constitucional introduzida pela EC 20/1998 bem como a impossibilidade de percepção de quintos incorporados de forma concomitante com a 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. A despeito de tais fatos, 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.

13. Por fim, importa mencionar que, em razão da 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 consequente 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 15 de setembro de 2020.

Ministro VITAL DO RÊGO  
Relator



## ACÓRDÃO Nº 10177/2020 – TCU – 1ª Câmara

1. Processo TC 030.480/2019-1.
2. Grupo I – Classe de Assunto: I - Pedido de reexame (Aposentadoria).
3. Recorrente: Eliane Alves dos Santos (402.551.666-72).
4. Órgão: Tribunal Superior do Trabalho.
5. Relator: Ministro Vital do Rêgo.
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Bruno Dantas.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Sergio Ricardo Costa Caribé.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).
8. Representação legal: Marlucio Lustosa Bonfim (OAB/DF 16.619) e outros.

## 9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de pedido de reexame interposto pela Sra Eliane Alves dos Santos em face do Acórdão 4.692/2020-TCU-1ª Câmara, por meio do qual esta Corte de Contas considerou ilegal o ato de aposentadoria emitido em favor da 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 do presente pedido de reexame para, no mérito, negar-lhe provimento;
- 9.2. encaminhar cópia desta deliberação à recorrente e ao Tribunal Superior do Trabalho;
- 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 da 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 33/2020 – 1ª Câmara.

11. Data da Sessão: 22/9/2020 – Telepresencial.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-10177-33/20-1.

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