

GRUPO I - CLASSE I - Primeira Câmara

TC 031.233/2019-8

Natureza: Pedido de Reexame (Aposentadoria)

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

Recorrente: Maria Lucineide Pereira (255.210.471-15)

Representação legal: não há

SUMÁRIO: APOSENTADORIA. VANTAGEM DENOMINADA “OPÇÃO”. PROVENTOS SUPERIORES À REMUNERAÇÃO DO CARGO EFETIVO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO CONTIDA NA EMENDA CONSTITUCIONAL 20/1998. ILEGALIDADE. PEDIDO DE REEXAME. ELEMENTOS INSUFICIENTES PARA ALTERAR A DELIBERAÇÃO RECORRIDA. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de pedido de reexame (peças 18-22) interposto por Maria Lucineide Pereira contra o Acórdão 1.266/2020-TCU-Primeira Câmara, lavrado nos seguintes termos:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se analisa ato de concessão de aposentadoria deferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região/DF e TO em benefício de Maria Lucineide Pereira, que ocupou cargo de Técnico Judiciário naquele Tribunal.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, e com fulcro nos incisos III e IX do art. 71 da Constituição Federal e nos arts. 1º, inciso V, e 39, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 259, inciso II, do Regimento Interno/TCU, em:

9.1 considerar ilegal a concessão de aposentadoria em favor de Maria Lucineide Pereira, negando registro ao correspondente ato;

9.2 dispensar o ressarcimento das quantias indevidamente recebidas de boa-fé pela interessada indicada no subitem precedente, consoante o disposto no Enunciado 106 da Súmula da Jurisprudência do TCU;

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

9.3.1 no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência desta Deliberação, abstenha-se de realizar pagamentos decorrentes do ato impugnado (subitem 9.1 acima), sujeitando-se a autoridade administrativa omissa à responsabilidade solidária, nos termos do art. 262, caput, do Regimento Interno/TCU;

9.3.2 dê ciência, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação deste Acórdão, do inteiro teor desta Deliberação a Maria Lucineide Pereira, encaminhando a este Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, comprovante da referida ciência;

9.3.3. alerte a interessada de que o efeito suspensivo proveniente da interposição de possíveis recursos perante o TCU não a exime da devolução dos valores percebidos indevidamente após a respectiva notificação, caso os recursos não sejam providos;

9.4. esclarecer ao órgão de origem que poderá emitir novo ato de concessão, livre da irregularidade indicada neste processo (pagamento da vantagem “opção”), submetendo-o a este Tribunal, nos termos da IN/TCU 78/2018;

- 9.5. determinar à Sefip que monitore o cumprimento da medida indicada no subitem 9.3.1 supra, representando a este Tribunal, caso necessário.”
2. Admitido o processamento do recurso, porquanto preenchidos os requisitos previstos no art. 48 da Lei 8.443/1992, conferi efeito suspensivo aos itens 9.1, 9.3, 9.3.1 e 9.4 do acórdão recorrido (peça 26).
3. Instruído o feito, faço reproduzir, com os ajustes que julgo pertinentes, o exame técnico e o encaminhamento oferecidos pela Secretaria de Recursos deste Tribunal (peça 28), que contou com a anuência do corpo diretivo daquela unidade (peça 29):

#### “HISTÓRICO

2. O ato de aposentadoria foi julgado ilegal, em virtude de constar a incorporação da parcela vulgarmente conhecida como ‘opção’ (vide ato de peça 3).

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

#### **Da vantagem ‘opção’**

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

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

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

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

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

.....  
.....

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

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

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

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

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

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

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

Lei 8.911/1994

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 193. O servidor que tiver exercido função de direção, chefia, assessoramento, assistência ou cargo em comissão, por período de 5 (cinco) anos consecutivos, ou 10 (dez) anos interpolados, poderá aposentar-se com a gratificação da função ou remuneração do cargo em comissão, de maior valor, desde que exercido por um período mínimo de 2 (dois) anos. § 1º Quando o exercício da função ou cargo em comissão de maior valor não corresponder ao período de 2 (dois) anos, será incorporada a gratificação ou remuneração da função ou cargo em comissão imediatamente inferior dentre os exercidos. § 2º A aplicação do disposto neste artigo exclui as vantagens previstas no art. 192, bem como a incorporação de que trata o art. 62, ressalvado o direito de opção (grifos acrescentados).

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.**

2.36. 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 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 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. Analisando-se o ato de aposentadoria (peça 3), podem-se extrair as seguintes informações: a interessada conta com 36 anos, 0 meses e 10 dias de tempo de serviço, sendo que a vigência do ato é a partir de 4/5/2015, com fundamento na EC 47/2005. 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 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 efetuado por esta unidade instrutora (peças 23 e 24), ratificado pelo Ministro-Relator Bruno Dantas (peça 26), que concluiu pelo conhecimento do pedido de reexame acostado às peças 18-22, com fundamento no artigo 48 da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 285 e 286, parágrafo único, do RI/TCU, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.3, 9.3.1 e 9.4 do Acórdão 1.266/2020-TCU-1ª Câmara, em relação ao recorrente.

#### **EXAME DE MÉRITO**

##### **4. Delimitação**

Constitui objeto do presente exame responder se:

- a) a decisão do TRF-1ª Região, no âmbito do Processo 1041687-08.2019.4.01.0000, aproveita à recorrente; e
- b) o presente processo deve ser sobrestado;
- c) deve ser feita a modulação dos efeitos do acórdão recorrido

##### **5. Do suposto direito ao recebimento da parcela ‘opção’**

5.1. Defende a legalidade do recebimento da parcela ‘opção com base nos seguintes argumentos:

###### **Do Processo 1041687-08.2019.4.01.0000 (TRF-1ª Região)**

a) Teria sido dado provimento ao agravo de instrumento no bojo do Processo 1041687-08.2019.4.01.0000 (TRF-1ª Região), para determinar a suspensão do entendimento firmado no Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário (peça 19, p. 4):

**Pelo exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento, para, deferindo a tutela provisória recursal, suspender a aplicação do entendimento firmado no Acórdão 1.599/2019 - Plenário/TCU de que: ‘é vedado o pagamento das vantagens oriundas do art. 193 da Lei 8.112/1990, inclusive o pagamento parcial da remuneração do cargo em comissão (‘opção’), aos servidores que implementaram os requisitos de aposentadoria após 16/12/1998, data de publicação da Emenda Constitucional 20, que limitou o valor dos proventos à remuneração do cargo efetivo no qual se deu a aposentadoria’; essa decisão vigorará até o julgamento colegiado deste agravo, ou até eventuais posteriores decisão ou sentença pelo juízo primitivo.**

[destaques do original]

###### Análise

5.2. Em que pese a mencionada decisão, a inclusão da parcela ‘opção’ nos proventos de aposentadoria da recorrente foi considerada 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, entre outros).

5.3. Assim, ainda que superada a irregularidade constante do item (i) acima, ainda persiste a ilegalidade da inclusão da parcela ‘opção’ nos proventos da recorrente em virtude das razões

elencadas nos subitens (ii) e (iii).

5.4. Além disso, a competência do TCU, prevista no art. 70, III, da CF/88, 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.

5.5. No mesmo sentido, merece destaque a doutrina de 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).

5.6. Acrescente-se que, nos termos da Questão de Ordem aprovada na Sessão Plenária de 8/6/2011 (Ata 22/2011), deve-se 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.

#### **Do sobrestamento deste processo**

b) em razão da necessidade de 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-TCU-Plenário, o presente processo deveria ser sobrestado, uma vez que a matéria estaria sendo discutida pelo Plenário deste Tribunal, nos autos do TC 027.914/2013-5 (peça 19, p. 4);

c) no caso, se trataria de processo de representação formulado pela Secretaria de Fiscalização de Pessoal - Sefip, a fim de examinar a possibilidade de haver o pagamento integral da função comissionada, em razão do disposto na Lei 10.356, de 2001, artigo 17, que acabou por transformar em FC todas as funções e cargos em comissão ou gratificações no âmbito do TCU (peça 19, p. 5).

#### Análise

5.7. Entende-se que o instituto da ‘opção’ foi devidamente analisado no histórico desta instrução. Assim, baseando-se na legislação aplicável à espécie e nas regras de Hermenêutica, entende-se que 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.

5.8. No que tange à eventual corrente jurisprudencial dissonante do entendimento ora apresentado, quanto ao sobrestamento de processos envolvendo o instituto da ‘opção’, pede-se vênua

par discordar, haja vista os profundos e incisivos argumentos expendidos pelo Ministro Benjamin Zymler, por ocasião da apreciação do TC 027.914/2013-5 (Acórdão 2.988/2018-TCU-Plenário, Sessão de 12/12/2018). Isto porque a democracia se faz com respeito à diferença e com divergências. Nesse sentir, pontua 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 (*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).

[destaque acrescido]

5.9. Desse modo, propõe-se pela rejeição dos argumentos apresentados.

#### **Da modulação dos efeitos da decisão recorrida**

d) Não seria razoável a retroação pura e simples do novo entendimento, uma vez afrontaria o princípio da segurança jurídica, positivado no art. 2º, *caput*, inciso XIII, da Lei 9.784/1999 (peça 19, p. 6);

e) Como o Acórdão 2.988/2018-Plenário teria sido prolatado após a aposentadoria da interessada, não deveria a mesma ser alcançada pela nova interpretação do TCU (peça 19, p. 6).

#### Análise:

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

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

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

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

5.13. Em virtude do exposto, é de se rejeitar os argumentos apresentados.

#### **CONCLUSÃO**

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

- a) a decisão do TRF-1ª Região não aproveita à recorrente;
- b) o presente processo não deve ser sobrestado;
- c) não deve ser feita a modulação dos efeitos do acórdão recorrido.

6.1. Por conseguinte, as alegações não sustentam qualquer alteração do *decisum*.

#### **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

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

- a) conhecer do recurso interposto, 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 Conjur/TCU as informações necessárias ao acompanhamento do Processo 1041687-08.2019.4.01.0000, em trâmite no TRF-1ª Região;
- c) dar ciência do acórdão que for prolatado ao recorrente e aos demais interessados, ressaltando-se que o relatório e o voto que o acompanharem podem ser consultados no endereço [www.tcu.gov.br/acordaos](http://www.tcu.gov.br/acordaos), no dia seguinte ao de sua oficialização.”

4. O Ministério Público junto ao TCU manifestou-se de acordo com o encaminhamento formulado pela secretaria especializada, nos termos do seguinte parecer (peça 30):

“Trata-se de pedido de reexame interposto pelo TRT-10, no interesse de Maria Lucineide Pereira, contra o Acórdão 1.266/2020-TCU-1ª Câmara, que considerou ilegal o ato de aposentadoria constante dos autos e negou o seu registro.

2. Segundo o referido *decisum*, a negativa de registro ocorreu em razão de que, com a inclusão da parcela denominada ‘Opção’, os proventos da interessada excederam a remuneração no cargo efetivo em que ocorreu a aposentadoria, o que afronta o disposto no Caput e no § 2º do art. 40, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 20/1998.

3. A Secretaria de Recursos (Serur), após analisar individualmente os argumentos apresentados na peça recursal, propõe conhecer do recurso, para, no mérito, negar-lhe provimento, por entender que não foram trazidos aos autos argumentos capazes de modificar a deliberação recorrida.

4. De fato, ao analisar a peça recursal, é possível observar que os argumentos trazidos pelo TRT-10 não permitem afastar a irregularidade apontada na deliberação recorrida, uma vez que a inclusão da parcela Opção nos proventos da interessada afronta a regra estabelecida no § 2º do art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 20/1998.

5. Nesse sentido, vale lembrar que com o advento da EC 20/1998, o § 2ª do art. 40 da Constituição Federal passou a proibir que os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de suas concessões, excedessem a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que ocorreu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, senão vejamos:

**Art. 40** - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

(...)

§ 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.

6. Observa-se, ainda, que o disposto no referido parágrafo está em consonância com o regime contributivo instituído pela EC 20/1998, ao alterar a redação do Caput do art. 40 da Constituição, uma vez que, para o equilíbrio de tal regime, não seria possível que na inatividade os proventos do servidor fossem superiores à remuneração que servia de cálculo para a sua contribuição na atividade.

7. Nesse sentido têm sido as decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da regra estabelecida no § 2º do art. 40 da Carta Magna, a exemplo da proferida nos autos do Agravo Regimental 721.354/MG, relatada pela Ministra Ellen Gracie, cujo trecho que importa à presente análise, transcreve-se a seguir:

O quantum da pensão por morte, nos termos do art. 40, § 2º, § 7º e § 8º, não pode extrapolar a totalidade dos vencimentos da remuneração do servidor à época do seu falecimento. (AI 721.354, Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgado em 14/12/2010, pela 2ª Turma. Publicado no DJE de 9/2/2011.

8. No âmbito deste Tribunal, a percepção na aposentadoria e nas pensões, a partir da instituição do regime contributivo, de parcela que não incide contribuição previdenciária também já foi considerada vedada em diversas outras oportunidades, a exemplo dos acórdãos 1.286/2008-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Marcos Bemquerer, e 2.000/2017-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Benjamin Zymler.

9. Além disso, cabe destacar que no Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário, proferido nos autos do TC 034.201/2016-5, este Tribunal firmou entendimento acerca da parcela ‘Opção’, nos seguintes termos:

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.

10. Ao firmar o referido entendimento, este Tribunal compatibilizou as normas introduzidas pela EC 20/1998 com a jurisprudência firmada no Acórdão 2.076/2005-TCU-Plenário, no sentido de que a vantagem ‘Opção’ é devida aos servidores que implementaram os requisitos temporais do art. 193 da Lei 8.112/1990 até 18/1/1995, data da edição da Medida Provisória 831/1995, que revogou o art. 193 da Lei 8.112/1990, mesmo sem terem preenchido, à época, os requisitos para a aposentadoria em qualquer modalidade.

11. *In casu*, a interessada preencheu os requisitos para a aposentadoria somente após 16/12/1998, motivo pelo qual a inclusão da parcela Opção nos seus proventos está em desacordo com a regra estabelecida no § 2º do art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 20/1998, e a jurisprudência deste Tribunal, firmada a partir da prolação do Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário.

12. Ademais, verifica-se que a deliberação recorrida foi proferida de acordo com todas as normas processuais aplicáveis à apreciação de atos, para fins de registro, e observou os princípios da segurança jurídica, da isonomia e do direito adquirido, ao ter dispensado a devolução dos valores indevidamente recebidos de boa-fé pela interessada, nos termos do Enunciado 106 da Súmula de Jurisprudência deste Tribunal.

13. Por fim, vale observar que o TRT-10 alega que nos autos do Agravo de Instrumento de 1041687-08.2019.4.01.0000 (processo de referência 1035883-44.2019.4.01.3400), interposto pelo Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal - SINDJUS/DF, foi deferido, em sede de tutela provisória, o pedido para a suspensão da ‘aplicação do entendimento firmado no Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário’.

14. No entanto, independentemente do deslinde daqueles autos, entende-se que a competência prevista no art. 70, III, da Constituição Federal de 1988, de apreciar, para fins de registro, as concessões de aposentadoria, é privativa desta Corte de Contas, motivo pelo qual deve-se manter o julgamento pela ilegalidade da concessão em apreço.

15. Ademais, embora tenha afastado, provisoriamente, a aplicação do entendimento firmado a partir do Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário, observa-se que a decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento de 1041687-08.2019.4.01.0000 não afastou outras irregularidades que macularam a concessão em análise, tais como a concessão de vantagem na inatividade que não possui correspondente contribuição previdenciária na atividade, 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.

16. Ante o exposto, este membro do Ministério Público de Contas, em consonância com a Unidade Técnica, entende que o presente pedido de reexame deve ser conhecido, para, no mérito, ter seu provimento negado.

17. Não obstante, em observância à Questão de Ordem aprovada na Sessão Plenária de 8/6/2011 (Ata 22/2011), devem ser encaminhadas 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.”

É o relatório.

## VOTO

Cuidam os autos de pedido de reexame interposto por Maria Lucineide Pereira contra o Acórdão 1.266/2020-TCU-Primeira Câmara, que considerou ilegal seu ato de aposentadoria em razão de ter sido consignada a vantagem “opção” em desacordo com a legislação de regência.

2. Inicialmente, ratifico o despacho exarado no sentido de que o recurso deve ser conhecido, porquanto preenche os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 48 da Lei 8.443/1992.

3. Em síntese, a recorrente alega que: a) a decisão do TRF-1ª Região, no âmbito do Processo 1041687-08.2019.4.01.0000, aproveita à recorrente; b) o processo deve ser sobrestado; e c) deve ser feita a modulação dos efeitos do acórdão recorrido.

4. A Secretaria de Recursos, com o apoio do Ministério Público junto ao TCU, concluiu que: a) a decisão do TRF-1ª Região não aproveita à recorrente; b) o processo não deve ser sobrestado; e c) não deve ser feita a modulação dos efeitos do acórdão recorrido. Assim, os pareceres são no sentido de negar provimento ao pleito.

5. No mérito, acolho integralmente a análise empreendida pela secretaria especializada e adoto aqui, como razões de decidir, os fundamentos sustentados no parecer que compõe o relatório precedente, sem prejuízo de tecer as seguintes considerações.

6. A consignação da vantagem “opção” merece ser avaliada à luz da impossibilidade de que os proventos de aposentadoria ou pensão excedam a remuneração do servidor no cargo efetivo, conforme estabelece o art. 40, § 2º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998:

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

(...)

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

7. Nesse contexto, a questão foi objeto de esclarecimento por ocasião do Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário, que estabeleceu o seguinte:

“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.”

8. No caso em exame, os requisitos para aposentadoria foram preenchidos após a publicação da EC 20/1998, o que atrai a disciplina do art. 40, § 2º, da Constituição Federal, e impede a concessão da vantagem “opção”, por acarretar proventos em valor superior à remuneração do cargo efetivo, o que exclui os valores recebidos pelo exercício de cargo em comissão ou função de confiança, circunstância que conduz à ilegalidade do ato, conforme bem delineado na deliberação recorrida.

9. Também não há que se falar em violação à segurança jurídica ou ao direito adquirido. É que o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência assentada (MS 24.997-8/DF, MS 24.958-7/DF e MS 25.015-1/DF), acompanhada pelo TCU (Súmula 278), no sentido de que o ato de aposentadoria,

reforma ou pensão, por sua natureza complexa, somente se aperfeiçoa com o exame e consequente registro pelo Tribunal de Contas, nos termos do art. 71, inciso III, da Constituição Federal.

10. Desse modo, considerando que o ato ora examinado não foi registrado, não há ato jurídico perfeito, válido e eficaz capaz de gerar direito a ser assegurado.

11. A inexistência de ato registrado, aliás, também torna incabível a modulação de efeitos requerida para transformar a vantagem em parcela compensatória. Nessa linha, cabe destacar o Acórdão 2.988/2018-TCU-Plenário, ocasião em que a conversão da “opção” em vantagem pessoal a ser absorvida ficou adstrita aos casos de servidores com atos já apreciados e registrados pelo TCU, o que não se verifica aqui.

15. Tampouco há que se falar em ofensa à isonomia em razão de o TCU já ter considerado legais atos contendo a vantagem ora discutida, esse fato não serve de amparo para que atos ainda não apreciados e que apresentem essa patente inconstitucionalidade permaneçam gerando efeitos.

16. Muito embora o TCU tenha apreciado pela legalidade atos que continham a parcela “opção” com amparo no entendimento construído no Acórdão 2.076/2005-TCU-Plenário, os efeitos da vedação constitucional inaugurada pela EC 20/1998 – no sentido de que os proventos não podem superar a remuneração do cargo efetivo – somente vieram a ser enfrentados por ocasião do Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário.

17. Com efeito, o ato da recorrente foi apreciado após a prolação do sobredito Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário, o que atraiu o entendimento ali firmado, conforme já esclarecido. Aliás, com base nessa inteligência, o TCU tem recorrentemente impugnado a inclusão da parcela “opção” nos proventos de aposentadorias emitidas nas circunstâncias do caso ora reexaminado, conforme exemplificam os Acórdãos 1.255/2020, 2.793/2019 e 2.646/2019, todos do Plenário; 6.860/2020, 6.696/2020 e 6.674/2020, todos da Primeira Câmara; e 6.731/2020, 6.574/2020 e 6.178/2020, todos da Segunda Câmara.

18. Por aí se vê, também, que não houve aplicação retroativa de nova interpretação. É que, a rigor, o Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário não modificou o Acórdão 2.076/2005-TCU-Plenário, mas apenas reconheceu limitações à interpretação ali construída em razão da vedação trazida pela EC 20/1998, que ainda não havia sido enfrentada.

19. Ademais, não se pode perder de vista que a aposentadoria da interessada, concedida com a vantagem “opção”, nunca se aperfeiçoou, não havendo nem mesmo que se falar em situação consolidada imune à aplicação de novo critério interpretativo. Fato é que não havia qualquer óbice para que o TCU, no mister de suas competências constitucionais, negasse registro ao ato à luz das limitações impostas pela EC 20/1998.

20. No que se refere à decisão proferida no processo 1041687-08.2019.4.01.0000, em trâmite no TRF-1ª Região, muito embora ali tenha sido afastada a aplicação do Acórdão 1.599/2019-TCU-Plenário, não foi enfrentada, naquela ocasião, a patente violação ao disposto na EC 20/1998, elemento fulcral que conduziu à negativa de registro da concessão examinada.

21. Ainda, a competência constitucional de apreciar, para fins de registro, as concessões de aposentadoria é privativa desta Corte de Contas, nos termos do art. 71, III, da Constituição Federal de 1988. Significa que, independentemente do deslinde do Processo 1041687-08.2019.4.01.0000, em trâmite no TRF-1ª Região, o TCU tem preservada sua prerrogativa constitucional para formular juízo de mérito sobre os atos sujeitos a registro, porquanto os entendimentos firmados em outras decisões não vinculam a atuação dos membros desta Corte de Contas, na linha dos Acórdãos 8.724/2020 e 9.291/2020, ambos da Primeira Câmara, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler.

22. Por fim não merece acolhida o pedido de sobrestamento do feito até que seja apreciado o TC 027.914/2013-5, que discute a possibilidade de pagamento integral da opção a servidores do TCU.

É que, além de não haver qualquer vinculação entre os processos, já foi prolatado naqueles autos o Acórdão 2.988/2018-TCU-Plenário, que igualmente reconheceu a vedação imposta pela EC 20/1998. Muito embora a referida deliberação tenha sido objeto de recurso, isso não afasta o entendimento amplamente adotado nesta Corte em diversos outros julgados no sentido de que a EC 20/1998 impede o pagamento da opção.

23. Nesse cenário, não tendo sido apresentados elementos capazes de infirmar a deliberação recorrida, cumpre ao TCU negar provimento ao pleito, mantendo-se inalterado o Acórdão 1.266/2020-TCU-Primeira Câmara.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 24 de novembro de 2020.

Ministro BRUNO DANTAS  
Relator

## ACÓRDÃO N.º 13416/2020 – TCU – 1ª Câmara

1. Processo n.º TC 031.233/2019-8.
2. Grupo I – Classe de Assunto I – Pedido de Reexame (Aposentadoria).
3. Recorrente: Maria Lucineide Pereira (255.210.471-15).
4. Órgão: Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região/DF e TO.
5. Relator: Ministro Bruno Dantas.
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Sergio Ricardo Costa Caribé.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).
8. Representação legal: não há.

## 9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de pedido de reexame interposto por Maria Lucineide Pereira contra o Acórdão 1.266/2020-TCU-Primeira Câmara, que considerou ilegal seu ato de aposentadoria;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da Primeira Câmara, com fundamento no artigo 48 da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 285 e 286 do Regimento Interno do TCU, diante das razões expostas pelo Relator, em:

- 9.1. conhecer e negar provimento ao pedido de reexame;
- 9.2. dar ciência deste acórdão à recorrente e ao Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região/DF e TO.

## 10. Ata n.º 42/2020 – 1ª Câmara.

11. Data da Sessão: 24/11/2020 – Telepresencial.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-13416-42/20-1.

## 13. Especificação do quórum:

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

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)  
WALTON ALENCAR RODRIGUES  
Presidente

(Assinado Eletronicamente)  
BRUNO DANTAS  
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)  
MARINUS EDUARDO DE VRIES MARSICO  
Procurador