

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.
Secretaria de Gestão Pública
Departamento de Normas e Procedimentos Judiciais de Pessoal
Coordenação-Geral de Elaboração, Orientação e Consolidação das Normas

NOTA TÉCNICA Nº 31/2014/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP

Assunto: Proposta de edição de Orientação Normativa referente à vantagem “opção de função”, prevista no art. 2º da Lei nº 8.911, de 1994.

SUMÁRIO EXECUTIVO

1. O presente expediente visa submeter à assinatura da Senhora Secretária de Gestão Pública minuta de Orientação Normativa que estabelece novos procedimentos aos órgãos e entidades integrantes do SIPEC, quanto à concessão da vantagem denominada “opção de função”, de que trata o art. 2º da Lei nº 8.911, de 1994, e revoga a Orientação Normativa nº 2, de 31 de janeiro de 2007 e as demais disposições em contrário, referentes à matéria.
2. Importa destacar que a necessidade de normatização do assunto foi identificada após a constatação, pela Auditoria de Recursos Humanos desta Secretaria de Gestão Pública - SEGEP, da ocorrência de inúmeras impropriedades na concessão da citada vantagem.
3. Registre-se que a minuta de Orientação Normativa é resultado de uma das ações do Projeto de Melhoria da Qualidade dos Gastos da Folha de Pagamento, o qual teve por fim precípuo o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle e de transparência relacionada à folha de pagamento dos servidores públicos federais.
4. Submetida a proposta à Consultoria Jurídica desta Pasta, esta emitiu o PARECER Nº 0882 - 3.10/2013/ACS/CONJUR-MP/CGU/AGU, no qual opinou pela regularidade jurídica da proposta. Desse modo, considerando que a minuta está apta à apreciação superior, propõe-se seu encaminhamento à aprovação e assinatura da Senhora Secretária de Gestão Pública, para posterior divulgação aos órgãos e entidades do SIPEC.

5. De saída, importa relatar que, a Auditoria de Recursos Humanos desta Secretaria de Gestão Pública, ao proceder às trilhas de auditoria na folha de pagamento processada pelo SIAPE verificou a ocorrência de impropriedades na concessão da vantagem denominada “opção de função”, prevista no art. 2º da Lei nº 8.911, de 1994, a aposentados e pensionistas de diversos órgãos da Administração. Identificou-se, também, diversos processos administrativos em trâmite no Departamento de Normas e Procedimentos Judiciais de Pessoal que tinham por objeto central dúvidas relacionadas à concessão da referida vantagem. Destaquem-se as principais ocorrências extraídas das trilhas de auditoria e dos processos administrativos:

a) concessão da vantagem denominada “opção de função” referente a cargo em comissão exercido em data anterior à publicação do Decreto-Lei nº 1.445, de 1976 – nesta situação a opção de função foi concedida antes da instituição do regime remuneratório de opção;

b) inobservância dos requisitos dispostos no art. 193 da Lei nº 8.112, de 1990, nos moldes estabelecidos no Parecer GQ-178, de 17 de dezembro de 1998, da Advocacia-Geral da União;

c) concessão da “opção de função” com base no cargo em comissão não efetivamente exercido pelo servidor - neste caso o órgão ou entidade do SIPEC concedeu a referida vantagem correlacionando o cargo em comissão que o servidor ocupou em período anterior a 18 de janeiro de 1995, com a atual posição do cargo na sua estrutura regimental. Exemplifique-se: o servidor, no ano de 1994, ocupou um DAS 3, todavia em 2012, data de sua aposentadoria, houve modificação da estrutura regimental do órgão, o que acabou por ocasionar a alteração de posicionamento daquele cargo dentro da *novel* estrutura, para um DAS 4. Resta claro que o servidor nunca exerceu o cargo comissionado DAS 4, portanto, a concessão da vantagem deveria se dar com base no cargo DAS 3, que de fato ele exerceu;

d) alteração do valor pago a título de “opção de função” nos casos de alteração de Estrutura Regimental e de Quadro Demonstrativo de cargos em comissão e das funções gratificadas, procedendo-se à correlação do cargo em comissão utilizado para fins de concessão da vantagem à época da aposentadoria do servidor, com o atual posicionamento daquele cargo após as referidas alterações, dentre outras situações.

6. Assim, considerando a necessidade de melhor orientar os órgãos quanto à concessão da vantagem denominada “opção de função”, e com vistas a suspender eventuais pagamentos indevidos resultantes da errônea aplicação da legislação e, ainda, considerando as orientações contidas no Parecer nº GQ-178, de 1998, da Advocacia-Geral da União, foi elaborada nova Orientação Normativa sobre o tema.

7. Com essas informações prefaciais, passemos à análise da legislação aplicável à vantagem.

8. A “opção de função” é uma vantagem devida aos aposentados e pensionistas, decorrente do efetivo exercício de cargo em comissão, função de direção, chefia e assessoramento na atividade, sustentada legalmente no parágrafo 2º do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.445, de 1976, e no art. 2º da Lei nº 8.911, de 1994.

9. Com vistas a propiciar o melhor entendimento do assunto convém transcrever os seguintes dispositivos legais:

Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952

Art. 180 O funcionário que contar tempo de serviço igual ou superior ao fixado para aposentadoria voluntária passará à inatividade:

I – com vencimento do cargo em comissão, da função de confiança ou da função gratificada que estiver exercendo, sem interrupção, nos 5 (cinco) anos anteriores;

II – com idênticas vantagens, desde que o exercício de cargos ou funções de confiança tenha compreendido em período de 10 (dez) anos, consecutivos ou não.

§ 1º O valor do vencimento de cargo de natureza especial previsto em lei ou da função de Assessoramento Superior (FAS) será considerado, para os efeitos deste artigo, quando exercido por funcionário.

§ 2º No caso do item II deste artigo, quando mais de um cargo ou função tenha sido exercido, serão atribuídas as vantagens do de maior valor, desde que lhe corresponda um exercício mínimo de 2 (dois) anos; fora dessa hipótese, atribuir-se-ão as vantagens do cargo ou função de valor imediatamente inferior, dentre os exercidos.

§ 3º A aplicação do regime estabelecido neste artigo exclui as vantagens instituídas no artigo 184, salvo o direito de opção.”

Decreto-Lei nº 1.445, de 13 de fevereiro de 1976

Art 3º Os vencimentos ou salários dos cargos em comissão ou das funções de confiança integrantes do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores, a que se refere a Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, serão fixados nos valores constantes do Anexo II deste decreto-lei, ficando a respectiva escala acrescida dos Níveis 5 e 6, com os valores fixados no mesmo Anexo.

(...)

“§ 2º É facultado ao servidor de órgão da Administração Federal Direta ou autárquica, investido em cargo em comissão ou função de confiança integrante do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores, optar pela retribuição de seu cargo efetivo ou emprego permanente, acrescida de 20% (vinte por cento) do vencimento ou salário fixado para o cargo em comissão ou função de confiança, não fazendo jus à Representação Mensal”.

Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990

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 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.”

Lei nº 8.911, de 11 de julho de 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 do 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.” (grifo nosso)

10. A partir da publicação do Decreto-Lei nº 1.145, de 1976, instituiu-se no âmbito da Administração Pública Federal o “regime remuneratório de opção”, ou seja, passou o servidor a ter o direito de optar pela retribuição de seu cargo ou emprego permanente, acrescido de 20% (vinte por cento) do vencimento ou salário fixado para o cargo em comissão ou função de confiança¹.

11. A instituição deste regime remuneratório teve por objetivo estimular os servidores públicos ocupantes de cargo efetivo a exercerem cargos em comissão ou funções de confiança, uma vez que à época, em muitas situações, a remuneração do servidor no cargo efetivo era superior à do cargo em comissão, tornando-o pouco atraente, já que o servidor designado para ocupar tais cargos ou funções acabava por desempenhar atribuições de maior responsabilidade, sem, contudo, qualquer contrapartida financeira adicional.

12. Ressalte-se que embora não seja mais possível ao servidor ocupante de cargo em comissão ou função de confiança incorporar em seus proventos de aposentadoria a denominada “opção de função”, permanece válida a possibilidade de

¹ Até a publicação do Decreto nº 1.445, de 1976, o servidor somente poderia optar pela percepção dos valores correspondentes a remuneração do seu cargo efetivo ou do cargo em comissão em sua integralidade, não havendo opção pelo percentual do cargo em comissão, que somente foi instituída com a publicação do referido decreto.

opção pela remuneração do cargo efetivo acrescido do percentual do cargo em comissão, nos moldes estabelecidos pelo art. 2º da Lei nº 11.526, de 4 de outubro de 2007².

13. A Lei nº 8.911, de 1994 dispôs sobre a remuneração dos cargos em comissão, e definiu os critérios de incorporação de vantagens de que trata a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no âmbito do Poder Executivo e, especificamente em seu art. 2º, tratou da vantagem “opção de função”, facultando ao servidor investido em cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento, previstos naquela Lei, a opção pela remuneração correspondente ao vencimento do 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.

14. Vê-se, então, **que a opção não tinha qualquer relação com a vantagem denominada quintos³, criada posteriormente, nem mesmo era considerada vantagem financeira em si, porquanto nada mais era que a possibilidade de escolha, conferida ao servidor, entre duas situações remuneratórias igualmente possíveis, ficando a seu critério decidir pela que lhe fosse mais vantajosa.**

15. Assim, ao que tudo indica, a intenção do legislador ao editar a da Lei nº 8.911, de 1994, foi tão somente a de regulamentar os critérios de incorporação da vantagem de quintos, então previstos no § 5º do art. 62, da Lei nº 8.112, de 1990, bem como o de estabelecer a remuneração dos cargos em comissão, e não o de assegurar o pagamento da vantagem “opção de função” aos inativos. Todavia, com base em

² Art. 2º O servidor ocupante de cargo efetivo, o militar ou o empregado permanente de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal investido nos cargos a que se refere o art. 1º desta Lei poderá optar por uma das remunerações a seguir discriminadas: (Redação dada pela Lei nº 12.094, de 2009)

I - a remuneração do cargo em comissão, acrescida dos anuênios;

II - a diferença entre a remuneração do cargo em comissão e a remuneração do cargo efetivo ou emprego; ou

III - a remuneração do cargo efetivo ou emprego, acrescida do percentual de 60% (sessenta por cento) do respectivo cargo em comissão.

II - a diferença entre a remuneração do cargo em comissão e a remuneração do cargo efetivo, do posto ou graduação, ou do emprego; ou (Redação dada pela Lei nº 12.094, de 2009)

III - a remuneração do cargo efetivo, do posto ou graduação, ou do emprego, acrescida do percentual de 60% (sessenta por cento) do respectivo cargo em comissão. (Redação dada pela Lei nº 12.094, de 2009)

³ Os quintos e décimos originalmente se incorporavam a remuneração do cargo efetivo do servidor investido em cargo de confiança à razão de 1/5 (um quinto) do valor do cargo de confiança a cada ano de seu exercício, a partir do sexto ano. Assim, para incorporar a primeira parcela de 20% da remuneração do cargo de confiança (um quinto) o servidor precisava contar com seis anos de exercício em cargos dessa natureza, integralizando a vantagem (cinco quintos) ao final de dez anos (a partir da publicação da Medida Provisória nº 1.160, de 27/10/95, que alterou a Lei nº 8.911/94 passou-se a proporção de 1/10 (um décimo) por ano de exercício, até o limite de 10/10 (dez décimos).

construção jurisprudencial da lavra do Tribunal de Contas da União – TCU⁴, passou-se a admitir que tal vantagem fosse também assegurada aos inativos, desde que satisfeitos os pressupostos temporais exigidos nos arts. 180 da Lei nº 1.711, de 1952, e 193 da Lei nº 8.112, de 1990 e observado o limite temporal de **18 de janeiro de 1995**.

16. Do que se extrai dos principais julgados do TCU (Decisão Normativa nº 19/90, Decisão nº 481/1997, Decisão nº 844/2001, Acórdão nº 589/2005 e Acórdão nº 2.076/2005), o reconhecimento do direito à percepção da vantagem “opção de função” nos proventos de aposentadoria fundamentou-se principalmente nos princípios da segurança jurídica, do direito adquirido e da irredutibilidade da remuneração, eis que não seria razoável retirar esta vantagem dos proventos do aposentado e pensionista, se recebida pelo servidor em longos períodos na atividade.

17. Aquela Corte de Contas, mediante a Decisão nº 481- Plenário, de 1997, estabeleceu a vinculação entre a vantagem de “quintos” e a de “opção”, apesar de absolutamente distintas, condicionando o pagamento da “opção” à incorporação de um quinto ou décimo, o que acabou por acarretar o pagamento cumulativo destas vantagens.

18. Entretanto, posteriormente, a Advocacia-Geral da União, ao emitir pronunciamento acerca da acumulabilidade, em proventos de aposentadoria, da vantagem denominada “quintos” ou “décimos” com a de “opção de função” pelo exercício de cargo em comissão, exarou o Parecer nº GQ-178, de 1998, assim ementado:

EMENTA: O exercício de cargo (ou função) de confiança, por servidor ativo, e os proventos da inatividade. A aposentadoria voluntária na qual considerada, no cálculo dos respectivos proventos, a remuneração percebida, pelo servidor ativo, no exercício de cargo (ou função) de confiança, e os arts. 180 da Lei nº 1.711 e 193 da Lei nº 8.112: a inativação, no contexto jurídico sucessivamente dominado pelos dois dispositivos em realce, de servidor que, beneficiário da vantagem dos "quintos" (ou "décimos"), exerceu cargo (ou função) de confiança sob o regime remuneratório denominado "da opção"; o art. 193 em tela, a suspensão de sua eficácia desde 19 de janeiro de 1995, sua expressa revogação em 1997, e o verbete nº 359 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. O entendimento, sobre tal hipótese de inativação, da c. Corte de Contas, em 1990 e 1994, e a coincidente posição do Poder Executivo. A conclusão de que, enquanto vigentes - e eficazes - o art. 180 da Lei nº 1 711 e o art. 193 da Lei nº 8.112, se fez possível, ao servidor beneficiário da vantagem dos "quintos" (ou décimos) que exerceu cargo (ou função) de confiança sob o "regime da opção", obter aposentadoria voluntária (atendidos os requisitos do art. 180, ou do art. 193, citados) em cujos proventos cumulados a vantagem em foco e os valores referentes à opção exercida na atividade.

⁴ Decisão Normativa nº 19/90 do TCU.

19. Na sequência, com vistas a esclarecer eventuais dúvidas quanto ao espectro e a abrangência do Parecer nº GQ - 178, de 1998, a Advocacia-Geral da União emitiu o Parecer nº GQ - 189, de 23 de março de 1999, do qual se entende por pertinente transcrever o seguinte trecho:

4.2. In casu, Senhor Advogado-Geral, a Medida Provisória nº 831, publicada no D.O. de 19 de janeiro de 1995, disse revogado o art. 193 da Lei nº 8 112, de 1990 (cf. art. 11, às fls. 6 desta). Logo, tal medida provisória atuou, de imediato, com força de lei, sobre aquele art. 193, paralisando seus efeitos jurídicos, inibindo seu conteúdo eficaz, isto é, produzindo a suspensão de sua eficácia jurídica. Tem-se, ademais, que - ininterruptamente - medidas provisórias outras disseram revogado o art. 193 em realce; isso, até que a Lei nº 9.527, de 1997, consumou a revogação de tal dispositivo.

5. Ergo, Senhor Advogado-Geral, razão assiste à ilustrada DGA/AGU: a hipótese de inativação considerada no PARECER Nº GQ-178 teve como supedâneo o art. 193 da Lei nº 8.112, de 1990, decerto enquanto eficaz este, qual seja, **até 19 de janeiro de 1995**. O contexto jurídico surgido após 19 de janeiro de 1995 - do qual afastado, e depois ausente - o aludido art. 193, não foi objeto do PARECER Nº GQ-178. Não o foi, pelas razões, objetivas, fáticas, já apontadas (retro, sob 3).

Isto posto, descabe, venia concessa, inferir-se, do PARECER Nº GQ-178, que este haja abarcado "direitos adquiridos até 10.11.97". **Em seu espectro, repita-se, incluem-se, apenas, situações jurídicas configuradas, até 19 de janeiro de 1995, ao abrigo, e sob o modelo, do art. 193 da Lei nº 8 112, de 1990. (grifo nosso).**

20. Ressalte-se que o Parecer nº GQ - 178, de 1998 e o Parecer nº GQ - 189, 1999 foram aprovados pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, portanto, **possuem caráter vinculante a toda Administração Pública Federal.**

21. Consubstanciada nos Pareceres supracitados a então Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão exarou a Orientação Normativa nº 10/99/SRH/MP, publicada no Diário Oficial da União de 4 de outubro de 1999, na qual assegurou ao servidor que *“cumpriu todos os requisitos para a aposentadoria com a vantagem do art. 180 da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, ou do art. 193 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a vantagem da opção relativa ao cargo em comissão ou da função de direção, chefia ou assessoramento de maior valor, cumulativamente com a vantagem dos “quintos” ou “décimos”, “enquanto vigentes e eficazes esses dispositivos”, conforme Parecer nº GQ-178, de 1998, da Advocacia-Geral da União.*

22. Deste modo, prevalecia o entendimento de que a vantagem denominada “opção de função”, tratada no art. 2º da Lei nº 8.911, de 1994, somente seria devida àqueles servidores que até 18 de janeiro de 1995 tenham satisfeito os pressupostos do art. 180 da Lei nº 1.711, de 1952, ou do art. 193 da Lei nº 8.112, de 1990, e implementado os requisitos de aposentadoria em qualquer modalidade.

23. Todavia, no ano de 2001, o TCU reanalisou o assunto por intermédio da Decisão nº 844/2001 - Ata 44- Plenário, na qual declarou a nulidade absoluta da Decisão nº 481 – Plenário, de 1997, e determinou aos órgãos da Administração Pública Federal que promovessem ao reexame dos proventos de aposentadoria deferidos sob a orientação da Decisão nº 481/1997- Plenário, a fim de excluir a parcela de opção derivada exclusivamente da vantagem de quintos ou décimos, esclarecendo que somente estaria assegurada na aposentadoria a vantagem decorrente da opção prevista no artigo 2º da Lei 8.911/1994, aos servidores que, até 18 de janeiro de 1995, tenham satisfeitos os pressupostos temporais estabelecidos nos arts. 180 da Lei nº 1.711, de 1952, e 193 da Lei nº 8.112, de 1990, sem prejuízo da aplicação da Súmula TCU nº 106 aos valores recebidos de boa-fé até à data daquela Decisão.

24. Diante da grande repercussão da Decisão nº 844/2001 - Plenário, especialmente em relação à necessidade de revisão dos atos de aposentadoria concedidos e publicados com fundamento na Decisão nº 481/1997 - Plenário, o TCU novamente tratou de estudar a legalidade e constitucionalidade da Decisão nº 481/1997, o que culminou na publicação do Acórdão nº 589/2005-Plenário, no qual decidiu por alterar o subitem 8.5 da Decisão 844/2001- Plenário, *verbis*:

“8.5. determinar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional que:

8.5.1 promovam, de imediato, sob pena de responsabilidade solidária, o reexame dos atos de aposentadoria emitidos sob orientação da Decisão 481/97-TCU-Plenário, ainda não registrados pelo TCU, para a exclusão da parcela opção, derivada da vantagem quintos ou décimos, esclarecendo que é assegurada, na aposentadoria, a vantagem decorrente da opção, prevista no art. 2º da Lei 8.911/94, aos servidores que, até a data de 18 de janeiro de 1995, tenham satisfeitos os pressupostos temporais estabelecidos nos arts. 180 da Lei 1.711/52 e 193 da Lei 8.112/90, bem como os demais requisitos para aposentação, inclusive o tempo de serviço para aposentadoria em qualquer modalidade, dispensando-se a restituição dos valores recebidos de boa-fé, nos termos da Súmula 106 da Jurisprudência deste Tribunal;

8.5.2 promovam, de imediato, sob pena de responsabilidade solidária, a exclusão da parcela opção, derivada da vantagem quintos ou décimos, para em seguida submeter os respectivos processos administrativos de revisão a esta Corte de Contas, para fins de deliberação acerca da matéria, relativamente aos atos julgados e registrados pelo TCU:

8.5.2.1 cujo prazo decadencial de cinco anos para a revisão de ofício ainda não tenha expirado, a contar da data de publicação do julgamento;

8.5.2.2 nos quais seja verificada comprovada má-fé do interessado, ainda que o referido prazo decadencial já tenha expirado. (grifo nosso)

25. Ocorre que o TCU, ao julgar Embargos de declaração contra o Acórdão 589/2005-Plenário, que deu provimento parcial aos recursos opostos à Decisão 844/2001-Plenário, proferiu o Acórdão nº 2.076/2005 - Plenário, de 30 de novembro de 2005, publicado no Diário Oficial de 9 de dezembro de 2005, assegurando a percepção da vantagem “opção de função” aos servidores que atendiam os pressupostos temporais do art. 193 da Lei nº 8.112, de 1990, **ainda que sem os requisitos para aposentadoria em qualquer modalidade**. Vejamos:

Ementa :

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE VANTAGENS PESSOAIS. OPÇÃO COM QUINTOS. APLICAÇÃO DAS DECISÕES PLENÁRIAS 481 E 565 DE 1997.

1. Os atos de aposentadoria emitidos sob orientação das Decisões 481/97-TCU-Plenário e 565/1997-TCU-Plenário, devem ser reexaminados administrativamente para efetuar-se a exclusão da parcela opção derivada exclusivamente da vantagem denominada quintos ou décimos, dispensando-se a restituição dos valores recebidos de boa-fé, nos termos da Súmula 106 da jurisprudência deste Tribunal.

2. Em atenção aos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da isonomia, tal reexame não se aplica aos atos de aposentadoria expedidos e já publicados no órgão de imprensa oficial até 25/10/2001, data da publicação da Decisão 844/2001-Plenário.

3. É assegurada na aposentadoria a vantagem decorrente da opção, prevista no artigo 2º da Lei 8.911/94, aos servidores que, até a data de 18 de janeiro de 1995, tenham satisfeito os pressupostos temporais estabelecidos no artigo 193 da Lei 8.112/90, ainda que sem os requisitos para aposentação em qualquer modalidade.

26. Ato contínuo, com a publicação do Acórdão nº 2.076/2005 – Plenário, a então Secretaria de Recursos Humanos deste Ministério, por meio da Orientação Normativa/SRH nº 02, de 31 de janeiro de 2007, **adotou o entendimento da Egrégia Corte de Contas firmado no aludido Acórdão**.

27. Pois bem. Considerando a evolução legislativa e jurisprudencial da vantagem denominada opção função, o panorama legal atual é que o Acórdão do TCU nº 2.076/2005, posteriormente adotado pela então Secretaria de Recursos Humanos, na condição de órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Pública Federal – SIPEC apresenta entendimento substancialmente divergente do esposado no Parecer nº GQ - 178, de 1998 e no Parecer nº GQ - 189, 1999, ambos da Advocacia-Geral da União, e de caráter vinculante, uma vez que aprovados pelo Presidente da República.

28. É exatamente esta a situação abordada pelo Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos da Consultoria-Geral da União no PARECER Nº 146/2010/DECOR/CGU/AGU, no qual, em síntese, aquele órgão jurídico reconheceu que o “*Acordão 2.076/2005-Plenário do TCU está em dissonância com o Parecer nº GQ nº 178/1998 e no Parecer nº GQ nº 189/1999*”, todavia esclareceu não haver reparos ao teor dos referidos pareceres, haja vista que respaldados em pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

29. Em face da relevância do assunto, e considerando o que consta da Orientação Normativa/SRH nº 02, de 2007, o Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos da Consultoria-Geral da União encaminhou cópia do PARECER Nº 146/2010/DECOR/CGU/AGU à então Secretaria de Recursos Humanos deste Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, bem como ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Consultoria-Geral da União - DEAX/CGU, com vistas à adoção de providências necessárias a reverter tal jurisprudência junto ao Tribunal de Contas da União.

30. Acerca do assunto, em recente manifestação encaminhada a esta Secretaria de Gestão Pública (PARECER Nº 49/2013/DCM/PCA/PGU/AGU), a Procuradoria-Geral da União ressaltou o fato da Orientação Normativa nº 2, de 2007 apresentar entendimento dissonante dos Pareceres nº GQ -178, de 1998 e GQ - 189, de 1999, e, ainda a necessidade de adequação ao posicionamento ratificado pelo Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos da Consultoria-Geral da União no PARECER Nº 146/2010/DECOR/CGU/AGU.

31. Não se pode olvidar, conforme detidamente explicitado nos diversos pronunciamentos emanados pela Advocacia-Geral da União, que o Parecer nº GQ - 178, de 1998 e o Parecer GQ nº 189, de 1999, ambos aprovados pelo Presidente da República vinculam a Administração Federal, por força do disposto no art. 40⁵ da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

⁵ Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.

32. Assim sendo, considerando a inequívoca aplicabilidade do Parecer nº GQ - 178, de 1998, especialmente por seu caráter vinculante para a toda Administração Pública, **esta Secretaria de Gestão Pública no uso de suas competências, e na condição de órgão central do SIPEC, passa a adotar o posicionamento da Advocacia-Geral da União esposado no referido Parecer, o que consequentemente acarretará a revogação da Orientação Normativa/SRH nº 2, de 2007.**

33. Portanto, a partir da publicação da nova Orientação Normativa, a vantagem denominada “opção de função” **somente será concedida àqueles servidores que até 18 de janeiro de 1995 tenham satisfeitos os pressupostos do art. 180 da Lei nº 1.711, de 1952 ou do art. 193 da Lei nº 8.112, de 1990, e implementado os requisitos de aposentadoria, nos moldes determinados pelo Parecer nº GQ - 178, de 1998.**

34. Consequentemente, da alteração de entendimento por parte deste órgão central advirá a necessidade de adoção das seguintes providências no âmbito dos órgãos integrantes do SIPEC:

a) revisão dos atos de concessão da vantagem “opção de função” que utilizaram como parâmetro o Acórdão nº 2.076/2005 - Plenário do Tribunal de Contas da União ou a Orientação Normativa SRH/MP nº 2, de 31 de janeiro de 2007.

b) Aplicação do rito estabelecido na Orientação Normativa SEGEP/MP nº 4, de 21 de fevereiro de 2013, a qual estabelece os procedimentos a serem adotados pelos órgãos e entidades do SIPEC, para regularização de dados financeiros e cadastrais, dos aposentados, servidores e beneficiários de pensão.

c) elaboração de relatórios gerenciais a serem encaminhados à Auditoria de Recursos Humanos desta Secretaria de Gestão Pública.

35. Ressalte-se que nas situações em que a concessão da vantagem “opção de função” tenha ocorrido em desacordo com o Parecer nº GQ - 178, de 1998, entende-se não ser cabível, nos termos da Súmula/AGU nº 34, de 16 de setembro de 2008, o ressarcimento ao erário dos valores recebidos de boa fé pelos servidores, ainda que com amparo no Acórdão nº 2.076/2005 - Plenário do Tribunal de Contas da União ou na Orientação Normativa SRH/MP nº 2, de 31 de janeiro de 2007.

36. Em face da complexidade jurídica que envolve o assunto em tela, entendeu-se pertinente submeter a proposta de Orientação Normativa à Consultoria Jurídica deste Ministério, que opinou na forma do PARECER N° 0882-3.10/213/ACS/CONJUR/MP. Vejamos:

14. **Assim, considerando que a Consultoria-Geral da União já se manifestou mais de uma vez pela manutenção da aplicação do conteúdo do Parecer GQ -189, em detrimento do posicionamento atual do Tribunal de Contas da União, conclui-se que a SEGEP deve seguir o Parecer GQ – 189.**

(...)

21. Primeiramente, cumpre esclarecer que tendo a Orientação Normativa SRH/MP n° 02, de 31 de janeiro de 2007, sido elaborada com base em interpretação feita pelo Tribunal de Contas da União sobre o ordenamento jurídico vigente, a qual é contrário ao posicionamento da Consultoria-Geral da União e ao conteúdo da nova minuta, conclui-se que as suas determinações devem ser tidas como a interpretação equivocada da lei, motivo pelo qual não cabível a restituição de nenhum valor aos servidores de boa fé (súmula 34 da AGU), não sendo possível, portanto, falar em prescrição quinquenal.

22. Por outro lado, é sim cabível a aplicação do artigo 54 da Lei n° 9.784, de 1999, o qual determina que a Administração possui o prazo decadencial de 05 anos para anular os atos administrativo viciados dos quais decorram efeitos favoráveis para os destinatários.

23. A incidência desse dispositivo significa que o ato administrativo proferido a menos de cinco anos, a contar da publicação da nova orientação normativa, que determinou o pagamento indevido da “opção função” com base em interpretação equivocada do ordenamento jurídico realizada pela orientação jurídica realizada pela Orientação Normativa n° 02, de 31 de janeiro de 2007, pode ser anulada pela Administração.

24. Note-se que como esses atos foram proferidos em razão interpretação equivocada da lei, segundo entendimento atual da SEGEP, não é devida qualquer restituição dos valores já pagos, sendo possível, somente, que não sejam mais efetuados novos pagamentos com fulcro na interpretação não mais acatada.

25. No entanto, considerando que o art. 54 determina que o prazo que a Administração possui para anular atos dos quais decorram efeitos favoráveis para os destinatários, os atos praticados a mais de cinco anos, a contar da data publicação da nova Orientação Normativa, não podem mais ser anulados, motivo pelo qual continuaram a produzir efeitos normalmente.

(...)

31. No que diz respeito ao conteúdo da Orientação Normativa, constata-se que a mesma se encontra em consonância com o posicionamento emanado no Parecer GQ – 189, não sendo, portanto, necessárias alterações.

37. Como se vê, o posicionamento adotado por esta Secretaria de Gestão Pública na nova Orientação Normativa está em plena consonância com o Parecer GQ n° 178, de 1998 e o Parecer GQ n° 189, de 1999, bem como abarca em seu texto os reflexos jurídicos decorrentes da aplicabilidade dos referidos Pareceres, especialmente em relação ao instituto da decadência.

38. Feitas estas considerações prefaciais, passemos à análise, ponto a ponto, da Orientação Normativa.

39. O art. 1º preconiza a necessidade de estabelecer orientação aos órgãos e entidades do SIPEC acerca da concessão e pagamento da vantagem denominada “opção de função” decorrente do exercício de cargo em comissão, função de direção, chefia ou assessoramento, aos aposentados e pensionistas dos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal - SIPEC, prevista no parágrafo 2º do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.445, 1976, e no art. 2º da Lei nº 8.911, 1994.

40. Por sua vez, o art. 2º tem por objetivo explicitar os requisitos cumulativos necessários à concessão da vantagem denominada opção de função. São eles:

a) ter implementado até 18 de janeiro de 1995 as condições para a aposentadoria em qualquer modalidade;

b) ter atendido os pressupostos do art. 180 da Lei nº 1711, de 1952 ou do art. 193 da Lei nº 8.112, de 1990; e

c) ter exercido cargo em comissão ou função de direção, chefia, assessoramento sob o **regime remuneratório de opção**.

41. O art. 3º objetiva conceituar “regime remuneratório de opção”, o que se demonstra de suma importância para o correto entendimento da própria vantagem “opção de função”, pois somente os servidores que exerceram cargos em comissão ou função de direção, chefia, assessoramento e assistência neste regime fazem jus à concessão daquela vantagem. Não há que se falar em regime de opção quando inexistente a possibilidade de escolha por uma ou outra forma de remuneração. Tal afirmativa é a justificativa para que não haja opção de função em relação, por exemplo, à Gratificação de Representação – GR (gratificação da Presidência da República), uma vez que percebida integralmente pelo servidor e não em determinado percentual, o mesmo ocorrendo em relação às Funções Gratificadas – FGs, também pagas integralmente.

42. As formas de remuneração listadas no art. 3º reproduzem o que dispõe o art. 2º da Lei nº 11.526, de 2007, legislação mais recente acerca do assunto, optou-se, contudo, por não mencionar no texto da ON os respectivos percentuais, uma vez que a partir do Decreto-Lei nº 1.445, de 1976, os percentuais variaram consideravelmente no decorrer dos anos (alterações legislativas), e a intenção foi tão somente conceituar genericamente e não especificar o regime de opção estabelecido em cada uma destas legislações.

43. O art. 4º do ato normativo definiu que o período a ser considerado para fins de incorporação da vantagem “opção de função” será o compreendido entre 13 de fevereiro de 1976, data de publicação do Decreto-Lei nº 1.445, e 18 de janeiro de 1995, data da revogação do art. 193, da Lei nº 8.112, de 1990, ou seja, **os cargos em comissão ou funções de direção, chefia ou assessoramento integrantes do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores exercidos antes da publicação do mencionado Decreto-lei e posteriormente à revogação do art. 193 da referida Lei não poderão ser considerados para incorporação da citada vantagem.**

44. Relativamente ao art. 5º do ato normativo em apreço, o principal objetivo é esclarecer que a vantagem denominada “opção de função” somente poderá ser concedida em relação ao cargo ou função **efetivamente exercidos pelo servidor na atividade**, evitando-se, assim, situações como as identificadas pela Auditoria de Recursos Humanos desta Secretaria de Gestão Pública, nas quais se pagava a vantagem com base em cargo que o servidor não exerceu efetivamente, conforme exemplificado no item nº 5, letra ‘c’ e ‘d’, desta Nota Técnica.

45. Por sua vez, o § 1º do art. 5º estabelece que os cargos em comissão ou as funções de direção, chefia, assessoramento ou assistência que serviram de base para a incorporação da vantagem opção de função **não poderão ser correlacionados ou atualizados com quaisquer cargos em comissão ou funções de direção, chefia ou assessoramento, nas hipóteses de alteração de Estrutura Regimental e de Quadro Demonstrativo de cargos em comissão e das funções gratificadas do órgão de origem do servidor.** O que se pretende neste caso é evitar o reajuste indevido da “opção de função” sempre que ocorra alguma alteração na Estrutura Regimental ou no Quadro Demonstrativo de cargos em comissão do seu órgão, prática **absolutamente vedada**, uma vez que não houve o efetivo exercício do cargo da nova estrutura.

46. Este ponto específico – impossibilidade de correlação e atualização – tratado no § 1º do art. 5º, foi objeto de apreciação da Consultoria Jurídica desta Pasta, mediante o PARECER/MP/CONJUR/AVS Nº 1775-3.12/2008, no qual assim se manifestou:

A transformação do cargo de Procurador-Geral, de DAS 4 para DAS 5, não impõe ao poder público a necessidade de recalculer os proventos do Senhor WAN-DICK TOCANTINS FROTA. Quando ocorre uma transformação ou reclassificação no cargo efetivo de Analista de Ciência e Tecnologia Sênior II (advogado), sem sombra de dúvida o peticionário tem direito a ver atualizados os seus proventos. O pedido formulado pelo autor pressupõe uma igualdade de situação que não existe, no caso concreto, entre ele, na condição de inativo, e o atual exercente do cargo de Procurador-

Geral do IBAMA, que passou a receber o valor referente ao código DAS 101.5 por estar na ativa. Nos termos de precedente do Egrégio STF:

(...) a regra de extensão aos inativos das melhorias da remuneração dos correspondentes servidores em atividade (CF, art. 40, §8º, cf. EC 20/98) não implica a permanente e absoluta paridade entre proventos e vencimentos, dado que nos últimos se podem incluir vantagens pecuniárias que, por sua natureza, só podem ser atribuídas ao serviço ativo (...) (ADIN 575/PI, DJ 25.06.99, Relator Min. Sepúlveda Pertence).

16. A Gratificação pelo exercício de cargo em comissão tem natureza transitória, não se incorporando, na atualidade, à remuneração do servidor ativo que a percebe. Tal parcela destina-se a beneficiar tão-somente aqueles servidores públicos aos quais foram atribuídos encargos de direção, chefia ou assessoramento e outros definidos em lei ou regulamento, sendo devida pro labore faciendo, daí a impossibilidade de se estendê-la aos servidores inativos, com base no artigo 40, parágrafo 4º, da Constituição da República (na redação anterior à EC nº 20/98) ou artigo 40, parágrafo 4º da Carta Republicana (na redação posterior à EC nº 20/98).”(grifo nosso)

47. Portanto, não há dúvidas de que a “opção de função” deve incidir exclusivamente em relação ao cargo em comissão ou função efetivamente exercido pelo servidor.

48. O § 2º do art. 5º esclarece que a vantagem “opção de função” somente estará sujeita aos reajustes lineares ou reestruturação remuneratória dos valores de DAS, determinados em lei. Assim, salvo nestes reajustes, deverão os valores percebidos a título de “opção de função” permanecer inalterados.

49. Outro aspecto importante abordado no § 3º do art. 5º diz respeito à impossibilidade de cômputo do tempo de exercício de Gratificação de Representação – GR ou de Função Gratificada - FG para fins de preenchimento dos pressupostos temporais do art. 193, da Lei nº 8.112, de 1990, com vistas à concessão da vantagem “opção de função”, eis que a GR e a FG não são exercidas sob o regime remuneratório de opção.

50. Em relação aos efeitos financeiros, o art. 6º da Orientação Normativa estabelece que os efeitos financeiros da vantagem opção de função somente serão auferidos a partir da publicação do ato de aposentadoria no Diário Oficial da União. Tal medida visa impedir que a vantagem seja implementada em data anterior à aposentação do servidor.

51. O disposto no art. 7º determina a revisão dos atos concessórios da vantagem denominada “opção de função”, desde que respeitado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999.

52. Nos casos em que o ato concessório da vantagem “opção de função” tiver sido proferido a menos de cinco anos, a revisão do ato deverá observar os ditames estabelecidos na Orientação Normativa SEGEP/MP nº 4, de 21 de fevereiro de 2013, a

qual estabelece os procedimentos a serem adotados pelos órgãos e entidades do SIPEC, para regularização de dados financeiros e cadastrais, dos aposentados, servidores e beneficiários de pensão. Tal procedimento tem por principal objetivo resguardar os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como de cessar eventuais pagamentos indevidos.

53. Ainda, ao abordar a questão da revisão da concessão da vantagem “opção de função” o ato normativo no § 2º do art. 7º, estabelece o marco temporal para fins de aferição da ocorrência da decadência, **qual seja, a data da publicação desta Orientação Normativa.**

54. O § 3º do art. 7º prevê que somente poderá ser revista a concessão da vantagem “opção de função” cujo ato de aposentadoria não tenha sido registrado pelo Tribunal de Contas da União, **ou seja, os atos homologados por aquela Corte de Contas da União estão isentos de revisão, conforme preceitua a Súmula nº 199, do TCU**⁶.

55. Os arts. 8º e 9º, por sua vez, determinam aos órgãos setoriais e seccionais do SIPEC a adoção de uma série de medidas administrativas, dentre elas a emissão de relatórios das providências adotadas em cumprimento às orientações constantes da minuta de Orientação Normativa e à consolidação de dados a serem submetidos ao conhecimento e acompanhamento da Auditoria de Recursos Humanos desta Secretaria de Gestão Pública.

56. O art. 10 alerta aos dirigentes de gestão de pessoas dos órgãos e entidades da Administração Federal a necessidade de observância das disposições da Orientação Normativa, sob pena de responsabilização administrativa, civil e criminal.

57. Por fim, propõe-se a revogação da Orientação Normativa SRH/MP nº 2, de 31 de janeiro de 2007, que adotou o entendimento esposado no Acórdão TCU nº 2.076/2005 e demais atos emanados com fundamento naquele ato normativo e no referido Acórdão.

58. Importa salientar que a nova Orientação Normativa objetiva não só cessar os pagamentos indevidos resultantes da concessão da vantagem em desacordo com o Parecer GQ nº178, de 1998, mas principalmente que novas concessões sejam efetuadas em desacordo com o referido Parecer.

⁶ SÚMULA Nº 199

59. Por todo o exposto, considerando que a medida será de grande relevância à correta e eficiente gestão de recursos humanos, especialmente por evitar a concessão e a continuidade de pagamentos indevidos relativos à vantagem denominada “opção de função”, submete-se a minuta de Orientação Normativa à Senhora Secretária de Gestão Pública para assinatura, e ampla divulgação aos órgãos e entidades do SIPEC.

De acordo. À consideração do Senhor Diretor do Departamento de Normas e Procedimentos Judiciais de Pessoal.

Brasília, 29 de janeiro de 2014.

MARA CLÉLIA BRITO ALVES

Coordenação-Geral de Elaboração, Orientação e Consolidação das Normas Substituta

De acordo. Encaminhe-se à Senhora Secretária de Gestão Pública

Brasília, 29 de janeiro de 2014.

ROGÉRIO XAVIER ROCHA

Diretor do Departamento de Normas e Procedimentos Judiciais de Pessoal

Aprovo. Publique-se a Orientação Normativa.

Brasília, 30 de janeiro de 2014.

ANA LÚCIA AMORIM DE BRITO

Secretária de Gestão Pública

Salvo por sua determinação, não podem ser cancelados pela autoridade administrativa concedente, os atos originários ou de alterações, relativos a aposentadoria, reformas e pensões, já registrados pelo Tribunal de Contas, ao apreciar-lhes a legalidade, no uso da sua competência constitucional.