

GRUPO II – CLASSE V – Segunda Câmara

TC 028.983/2019-0

Natureza: Aposentadoria.

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

Interessada: Cleonice Fonseca Nogueira Coutinho (CPF 301.241.661-72).

Representação legal: não há.

SUMÁRIO: APOSENTADORIA. INCORPORAÇÃO INDEVIDA DE “QUINTOS/DÉCIMOS” APÓS A EDIÇÃO DA LEI 9.624/1998. PAGAMENTO IRREGULAR DA PARCELA DENOMINADA “OPÇÃO”. ILEGALIDADE. NEGATIVA DE REGISTRO. DETERMINAÇÕES.

## RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução elaborada na Secretaria de Fiscalização de Pessoal - Sefip, a qual obteve a anuência de diretor técnico e de representante do Ministério Público junto ao Tribunal - MPTCU:

### “INTRODUÇÃO

1. Trata-se de ato de concessão de aposentadoria de CLEONICE FONSECA NOGUEIRA COUTINHO (CPF: 301.241.661-72) no cargo de Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região/DF e TO, submetido, para fins de registro, à apreciação do Tribunal de Contas da União (TCU), de acordo com o art. 71, inciso III, da Constituição Federal.

2. O ato foi cadastrado e disponibilizado ao TCU por intermédio do Sistema e-Pessoal, na forma da Instrução Normativa 78/2018.

### EXAME TÉCNICO

3. A aposentadoria se deu na modalidade voluntária, com proventos integrais, calculados com base na última remuneração do cargo em que se deu a aposentadoria, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional 47/2005.

4. De acordo com o as informações do ato concessório, verifica-se que a interessada implementou os requisitos para se aposentar, visto que possuía idade, tempo de contribuição, de serviço público, de carreira e de cargo requeridos pelo fundamento concessório.

5. Ao submeter o ato a críticas automatizadas, detectou-se a concessão da vantagem de opção que trata o art. 2º da Lei 8.911/1994 (c/c art. 18, da Lei 11.416/2006), e a vantagem de quintos/décimos, transformada em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI, pelo artigo 62-A da Lei 8.112/1990.

6. Sobre essas vantagens detectadas nas críticas automáticas, passaremos a discorrer abaixo.

### ID da crítica: 3384

**Texto pendência: Houve o registro de pelo menos uma rubrica com ‘Denominação para análise pelo TCU = Vantagem de caráter pessoal – incorporação de opção de função.**

7. A possibilidade de carrear para a aposentadoria as vantagens da comissão ou função gratificada adveio com a Lei 1.711/1952, que assim estabelecia em seu art. 180:

*‘Art. 180. O funcionário que contar mais de 35 anos de serviço público será aposentado:*

*a) com as vantagens da comissão ou função gratificada em cujo exercício se achar, desde que o exercício abranja, sem interrupção, os cinco anos anteriores;*

*b) com idênticas vantagens, desde que o exercício do cargo em comissão ou da função gratificada tenha compreendido um período de dez anos, consecutivos ou não, mesmo que, ao aposentar-se, o funcionário já esteja fora daquele exercício’.*

8. Tal previsão também estava no art. 193 da Lei 8.112/1990:

*‘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 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’.*

9. Esse regramento vigorou até o dia 18 de janeiro de 1995, quando foi editado a Medida Provisória 831 que, depois de diversas reedições, foi convertida na Lei 9.527/1997.

10. A Lei 9.624/1998 também tratou de disciplinar a data limite para a concessão da vantagem do art. 193 da Lei 8.112/1990:

*‘Art. 7º É assegurado o direito à vantagem de que trata a 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’.*

11. Já a possibilidade de carrear para a aposentadoria a vantagem de ‘opção’ adveio com a edição da Lei 8.911/1994, que assim estabelecia:

*‘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.*

.....

*Art. 11. A vantagem de que trata esta Lei integra os proventos de aposentadoria e pensões.*

12. Assim, ao analisar o tema, no âmbito do Acórdão 2.076/2005 – Plenário (Ministro-Revisor Valmir Campelo), este Tribunal fixou entendimento de que seria assegurado na aposentadoria a vantagem decorrente da opção, prevista no art. 2º da Lei nº 8.911/94, aos servidores que, até a data de 18 de janeiro de 1995, tenham satisfeito os pressupostos temporais estabelecidos no art. 193 da Lei 8.112/90, ainda que sem os requisitos para aposentação em qualquer modalidade.

13. Tal Acórdão foi proferido em sede de Embargos de Declaração opostos ao Acórdão 589/2009 – Plenário (Ministro-Relator Augusto Sherman) que, por sua vez, foi oriundo de Recurso de Reexame contra a Decisão 844/2001 – Plenário (Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues).

14. Ao proferir tal entendimento no Acórdão 2.076/2005, este Tribunal baseou-se no conteúdo das Leis 8.112/1990, 8.911/1994 e 9.624/1998.

15. Todavia, após a publicação da Emenda Constitucional 20/1998, que inseriu o parágrafo segundo no art. 40 da Constituição Federal, tal entendimento deixou de produzir efeitos:

*‘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)*

16. Isso porque, a partir desse comando constitucional, foi estabelecido um limitador a ser observado por ocasião da concessão de aposentadorias e pensões por morte, qual seja, a remuneração do servidor no cargo efetivo. Assim, nenhum servidor poderá, por ocasião de sua aposentadoria, ter proventos superiores que a remuneração do seu cargo efetivo na atividade.

17. Portanto, o alcance do entendimento exposto no Acórdão 2.076/2005 – TCU – Plenário se limita até o dia 16/12/1998, haja vista que, a incorporação da vantagem de opção aos proventos de aposentadoria ou pensões acarreta descumprimento do art. 40, § 2º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998.
18. Sobre o tema (art. 40, § 2º, da Constituição Federal), segue abaixo decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito do Agravo Regimental 721.354/MG, cuja relatora foi a Ministra Ellen Gracie:  
*‘Revisão de pensão por morte. Cumulação: previdenciária e acidentária. (...) 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 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 14-12-2010, 2ª T, DJE de 9-2-2011.]**
19. Percebe-se que o comando do art. 40, § 2º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998, foi editado exatamente para dar efetividade ao sistema contributivo e solidário da Previdência Social, haja vista que o servidor jamais poderia efetivar contribuição social de valor que não seria incorporado aos proventos de inatividade.
20. A incorporação aos proventos de aposentadoria ou pensão de qualquer vantagem (no caso concreto a vantagem de opção), 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.
21. Em virtude da instituição do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, uma nova fase da Previdência Social foi inaugurada, trazendo a necessidade de uma legislação que considere a necessidade de sustentabilidade financeira do sistema e que permita a concessão de benefícios com uma estreita relação com os valores contribuídos.
22. O princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, assim, se constitui como um princípio que busca o equilíbrio das contas da previdência social, sob o aspecto financeiro e atuarial, global e individual. É um princípio que busca garantir a manutenção do sistema previdenciário, fazendo com que os benefícios devidos por lei sejam satisfeitos no presente e no futuro. Utilizando, para isso, técnicas financeiras e atuariais que considerem fatores como a variação demográfica da população, volume de contribuições e de benefícios em manutenção, períodos de contribuição de manutenção de benefícios, além de diversos outros fatores que devam ser considerados para que haja esse equilíbrio.
23. O princípio foi inserido no texto da Lei Maior como mandamento a ser perseguido pelo legislador ordinário ou interprete da norma e acompanhado de perto pelo organizador da Previdência Social. Não se trata de abstração especulativa ou construção doutrinária; é comando dispositivo invocável quando das medidas que atentem contra sua determinação. Se ignorado pelo administrador ou legislador ordinário, vale dizer, pelo aplicador da regra previdenciária, a providência tomada reveste-se da classificação jurídica de inconstitucionalidade, sobrevivendo os consectários inerentes.
24. A respeito do tema, segue abaixo entendimentos do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema:  
*‘O princípio da solidariedade se presta a universalizar o âmbito de potenciais contribuintes, mitigando a referibilidade que é própria das contribuições. Não se presta o referido postulado a legitimar distorções na base de cálculo das contribuições, as quais, no intuito desmedido de arrecadar, acarretam o desvirtuamento da natureza retributiva que deve marcar os regimes de previdência’.*  
**[ARE 669.573 AgR, rel. min. Roberto Barroso, j. 4-8-2015, 1ª T, DJE de 26-8-2015.]**  
*‘O sistema público de previdência social é fundamentado no princípio da solidariedade (art. 3º, I, da CB/1988), contribuindo os ativos para financiar os benefícios pagos aos inativos. Se todos, inclusive inativos e pensionistas, estão sujeitos ao pagamento das contribuições, bem como aos aumentos de suas alíquotas, seria flagrante a afronta ao princípio da isonomia se o legislador distinguisse, entre os beneficiários, alguns mais e outros menos privilegiados, eis que todos contribuem, conforme as mesmas regras, para financiar o sistema. Se as alterações na legislação sobre custeio atingem a todos, indiscriminadamente, já que as contribuições previdenciárias têm natureza tributária, não há que se estabelecer discriminação entre os beneficiários, sob pena de violação do princípio constitucional da isonomia’.*  
**[RE 450.855 AgR, rel. min. Eros Grau, j. 23-8-2005, 1ª T, DJ de 9-12-2005.]**  
*‘Impossibilidade da incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias. A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que somente as parcelas que podem ser*

*incorporadas à remuneração do servidor para fins de aposentadoria podem sofrer a incidência da contribuição previdenciária’.*

*[AI 710.361 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 7-4-2009, 1ª T, DJE de 8-5-2009.]*

*= AI 712.880 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 26-5-2009, 1ª T, DJE de 11-9-2009*

25. Percebe-se que é entendimento pacífico do STF de que somente as parcelas que podem ser incorporadas à remuneração do servidor para fins de aposentadoria podem sofrer a incidência da contribuição previdenciária.

26. Com base nessa jurisprudência do STF, esta Unidade Técnica entende que a recíproca também é verdadeira, ou seja, **somente as parcelas que sofrem a incidência da contribuição previdenciária na atividade podem ser incorporadas à remuneração do servidor para fins de aposentadoria e pensões.**

27. Esta Corte de Contas já se pronunciou sobre essa matéria. O item 9.2.1. do Acórdão 1.286/2008-TCU-Plenário, relator: Ministro Marcos Bemquerer, esclarece que:

*‘9.2.1. no regime contributivo previdenciário constitucional 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’;*

28. Além disso, entende-se que está claro no voto do Ministro Benjamin Zymler, proferido no Acórdão 2.000/2017-TCU-Plenário, de que é necessária a contribuição previdenciária, na ativa, de qualquer parcela que seja incorporável aos proventos de aposentadorias e pensões.

29. Assim, entende-se que não se alinha ao atual comando constitucional a incorporação aos proventos de aposentadorias e pensões de determinada parcela que não haja incidência de contribuição previdenciária na ativa, como é o caso da vantagem de ‘opção’ aqui tratada que sequer é paga aos servidores em atividade.

30. Corroborando com o comando constitucional, no âmbito do Acórdão 1.599/2019 – TCU – Plenário (Ministro-Relator Benjamin Zymler), este Tribunal fixou entendimento de que era *‘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’.*

31. Diante disso, por se tratar de vantagem que proporciona um acréscimo aos proventos de aposentadoria em relação à última remuneração contributiva da atividade, é indevida a incorporação da vantagem que trata o art. 193 da Lei 8.112/1990, inclusive o pagamento parcial da função comissionada (‘opção’) aos servidores que implementaram os requisitos de aposentadoria após 16/12/1998, em face do disposto no art. 40, *caput* e § 2º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998.

#### **ID da crítica: 3383**

**Texto pendência: Houve o registro de pelo menos uma rubrica com ‘Denominação para análise pelo TCU = Vantagem de caráter pessoal - Incorporação de quintos/décimos de função.**

32. A possibilidade de incorporação da vantagem denominada ‘quintos’ foi instituída com a Lei 6.732/1979.

33. Segundo o art. 2º dessa lei, o servidor no exercício de cargo em comissão ou função de confiança poderia incorporar, a partir do sexto ano, 1/5 (um quinto) das vantagens correspondentes, a cada ano completo de exercício, até o limite de 5/5 (cinco quintos); isto é, até completar o décimo ano.

34. Objetivava-se evitar o decesso remuneratório do servidor ocupante de cargo ou função de confiança que viesse a ser dispensado em momento futuro e que não fosse passar imediatamente à inatividade.

35. Uma vez que, até dezembro de 1979, os servidores em atividade que tivessem preenchido os requisitos temporais do artigo 180 da Lei 1.711/1952 só poderiam contar com tal benefício quando se aposentassem.

36. Assim, se deixavam um cargo de confiança, após longos anos de exercício, e permaneciam em atividade, regressavam à situação de origem, com a remuneração do cargo efetivo e nada mais.

37. Com o advento da Lei 8.112/1990, por meio do seu artigo 62, § 2º, introduziu novo disciplinamento ao assunto.

38. A incorporação passou a se dar na proporção de 1/5 (um quinto) a cada ano de exercício da função, até o limite de cinco anos, sem a exigência do período de carência de cinco anos.

39. Os critérios para incorporação dessa vantagem foram definidos mais claramente com a publicação da Lei 8.911/1994, que assim dispôs:

*‘Art. 3. Para efeito do disposto no § 2º do art. 62 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o servidor investido em função de direção, chefia e assessoramento, ou cargo em comissão, previsto nesta Lei, incorporará à sua remuneração a importância equivalente à fração de um quinto da gratificação do cargo ou função para o qual foi designado ou nomeado, a cada doze meses de efetivo exercício, até o limite de cinco quintos.*

*§ 1º Entende-se como gratificação a ser incorporada à remuneração do servidor a parcela referente à representação e a gratificação de atividade pelo desempenho de função, quando se tratar de cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento dos Grupos: Direção e Assessoramento Superiores - DAS e Cargo de Direção - CD.*

*§ 2º Quando se tratar de gratificação correspondente às funções de direção, chefia e assessoramento do Grupo - FG e GR, a parcela a ser incorporada incidirá sobre o total desta remuneração.*

*§ 3º Quando mais de um cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento houver sido exercidos no período de doze meses, a parcela a ser incorporada terá como base de cálculo a exercida por maior tempo.*

*§ 4º Ocorrendo o exercício de cargo em comissão ou de função de direção, chefia ou assessoramento de nível mais elevado, por período de doze meses, após a incorporação dos cinco quintos, poderá haver a atualização progressiva das parcelas já incorporadas, observado o disposto no parágrafo anterior’.*

40. Entretanto, essa vantagem foi extinta e restabelecida por diversas vezes, como demonstra o breve histórico abaixo apresentado.

41. A Medida Provisória - MP 831/1995 extinguiu a vantagem dos quintos, tendo sido reeditada exaustivamente até a MP 1.160/1995, que a restabeleceu, porém sob a forma de décimos.

42. Em 10/11/1997, foi editada a MP 1.595-14, que – convertida na Lei 9.527/1997 – extinguiu novamente a incorporação e a transformou em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI).

43. Em 8/4/1998, a MP 1.160/1995 foi convertida na Lei 9.624/1998. Essa lei não revogou a Lei 9.527/1997, apenas limitou temporalmente a incorporação da referida vantagem entre 19/1/1995 até a data da sua publicação, do tempo residual de exercício de funções comissionadas não empregado até 10/11/1997.

44. No entanto, essa vantagem sempre esteve cercada de controvérsia. Ainda, em 4/9/2001, foi editada a MP 2.225-45/2001, que acresceu à Lei 8.112/1990 o artigo 62-A, transformando os quintos/décimos em VPNI, com a seguinte redação:

*‘Art. 62-A. Fica transformada em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI a incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei no 8.911, de 11 de julho de 1994, e o art. 3º da Lei no 9.624, de 2 de abril de 1998. Parágrafo único. A VPNI de que trata o caput deste artigo somente estará sujeita às revisões gerais de remuneração dos servidores públicos federais’.*

45. Com o advento desta Medida Provisória, surgiram entendimentos divergentes. Por um lado, achava-se que seria devida a incorporação de parcelas da vantagem até 8/4/1998 (data de publicação da Lei 9.624/1998). Por outro, entendia-se que a MP 2.225-45/2001 havia estendido o direito à incorporação da vantagem até a data de sua publicação.

46. No âmbito deste Tribunal, foi editado o Acórdão 2.248/2005 – TCU – Plenário (Ministro-Relator Lincoln Magalhães da Rocha) que fixou os seguintes critérios para incorporação de quintos e décimos:

*‘ 9.2. alterar a redação do subitem 9.2 do Acórdão 931/2003 – Plenário para: ‘firmar entendimento de que é devida a incorporação de parcelas de quintos, com fundamento no artigo 3º da MP 2.225-45/2001, observando-se os critérios contidos na redação original dos artigos 3º e 10 da Lei 8.911/94, no período compreendido entre 09/04/98 e 04/09/2001, data da edição da referida medida provisória, sendo a partir de então todas as parcelas incorporadas, inclusive a prevista no artigo 3º da Lei 9.624/98, transformadas em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI, admitindo-se, ainda, o cômputo do tempo residual porventura existente em 10/11/1997, desde que não empregado em qualquer incorporação, para concessão da primeira ou de mais uma parcela de quintos na data específica em que for completado o interstício de doze meses, ficando, também, essa derradeira incorporação transformada em VPNI, nos termos do subitem 8.1.2 da Decisão 925/1999 – Plenário.*

47. Contrariando jurisprudência deste Tribunal, em 18/3/2015, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao apreciar o Recurso Extraordinário (RE) 638.115/Ceará (Ministro-Relator Gilmar Mendes), que teve

repercussão geral, fixou a seguinte tese: *‘Ofende o princípio da legalidade a decisão que concede a incorporação de quintos pelo exercício de função comissionada no período de 8/4/1998 a 4/9/2001, ante a carência de fundamento legal’*.

48. Todavia, ao tomar essa decisão, o STF modulou os seus efeitos para dispensar a devolução dos valores recebidos indevidamente de boa-fé até a data do julgamento, cessada a ultra-atividade de incorporações em qualquer hipótese.

49. Em razão dessa decisão do STF, o supramencionado Acórdão TCU 2.248/2005 – Plenário teve sua inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Mandado de Segurança 25.763/DF.

50. Assim, depois da decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito do RE 638.115/CE, este Tribunal adequou sua jurisprudência e adotou a tese defendida na Decisão 925/1999-Plenário (Ministro-Relator Walton Alencar) e Acórdãos 731/2003-Plenário e 732/2003-Plenário (ambos de Relatoria do Ministro Guilherme Palmeira), de que a incorporação ou atualização da vantagem de quintos, transformada em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI pelo art. 62-A da Lei 8.112/1990, somente era devida até o dia 8/4/1998, conforme previsto no art. 3º da Lei 9.624/1998.

51. Ademais, nos termos do Acórdão 5.455/2018 - 2ª Câmara (Ministro-Relator José Mucio Monteiro), eventual tempo residual existente em 10/11/1997, não empregado para a concessão de quintos, pode ser utilizado para incorporação de apenas um décimo, nos termos do art. 5º da Lei 9.624/1998, com termo final, a qualquer tempo, na data em que o servidor completar o interstício de doze meses, de acordo com a sistemática definida na redação original do art. 3º da Lei 8.911/1994, com posterior transformação em VPNI.

54. Sabe-se que o supramencionado RE 638.115/CE ainda não transitou em julgado, haja vista que há Embargos de Declaração pendentes de julgamento, onde se questiona o alcance da tese proferida em relação às decisões judiciais transitadas em julgado antes do pronunciamento do STF e as decisões administrativas proferidas há mais de cinco anos nos termos do art. 54 da Lei 9.784/1999.

55. Todavia, o efeito suspensivo dado ao RE 638.115/CE, que no momento aguarda julgamento de Embargos de Declaração sobre Embargos de Declaração, não apresenta óbice ao julgamento pela ilegalidade da aposentadoria em apreço, sendo certo que a jurisprudência desta Corte de Contas supramencionada tem se firmado uniformemente pela impossibilidade de incorporação de quintos após 2/4/1998, data da edição da Lei 9.624/1998. Nesse sentido foi o Acórdão 2.021/2019-TCU-2ª Câmara (Ministro-Relator Aroldo Cedraz).

56. Passa-se, a partir desse momento, à análise do ato em destaque:

56.1 No que diz respeito à vantagem de quintos, entende-se que sua concessão foi indevida, uma vez que há parcelas incorporadas em razão da utilização de funções comissionadas exercidas após o advento da Lei 9.624/1998.

56.2 Sobre a vantagem de ‘opção’, entende-se que sua concessão também foi indevida, visto que proporcionou um acréscimo aos proventos de aposentadoria em relação a última remuneração contributiva da atividade, resultando em descumprimento do disposto no art. 40, *caput* e § 2º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998.

57. Nada obstante, deve-se dispensar a devolução dos valores indevidamente recebidos de boa-fé, nos termos do Enunciado 106 da Súmula de Jurisprudência deste Tribunal.

58. Por fim, vale destacar que o aludido ato deu entrada neste Tribunal há menos de cinco anos, não sendo aplicável, portanto, o procedimento de contraditório e ampla defesa determinado pelo Acórdão 587/2011-TCU-Plenário.

## **CONCLUSÃO**

59. A abrangência e a profundidade das verificações levadas a efeito fundamentam convicção de que o ato de aposentadoria deve ser apreciado pela ilegalidade pelos seguintes motivos:

a) pagamento da vantagem de opção que trata o art. 2º da Lei 8.911/1994 (c/c art. 18, da Lei 11.416/2006), o que proporcionou um acréscimo aos proventos de aposentadoria em relação a última remuneração contributiva da atividade, resultando em descumprimento do disposto no art. 40, *caput* e § 2º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998;

b) pagamento da vantagem de quintos em razão de parcelas incorporadas pelo exercício de funções comissionadas exercidas após o advento da Lei 9.624/1998.

## **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

60. Ante o exposto, com fundamento nos arts. 71, inciso III, da Constituição Federal, 1º, inciso V, e 39, inciso II, da Lei 8.443/1992 e 260, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, propõe-se:

- a) considerar **ilegal** e negar o registro do ato constante do presente processo.
- b) dispensar o ressarcimento das quantias indevidamente recebidas de boa-fé, consoante o disposto no Enunciado 106 da Súmula de Jurisprudência do TCU;
- c) determinar à **Unidade Jurisdicionada** que:
  - c.1) abstenha de realizar pagamentos para o ato ora apreciado pela ilegalidade, no prazo 15 (quinze) dias, contados a partir da ciência desta deliberação, sujeitando-se a autoridade administrativa omissa à responsabilidade solidária, nos termos do art. 262, caput, do Regimento Interno do TCU;
  - c.2) emita novo ato de aposentadoria e submeta-o a registro deste Tribunal no prazo de trinta dias, após corrigidas as falhas que ensejaram na ilegalidade do ato;
  - c.3) comunique a interessada do teor desta decisão, alertando-a de que o efeito suspensivo proveniente da interposição de eventuais recursos não a exime da devolução dos valores percebidos indevidamente após a respectiva notificação, caso os recursos não sejam providos;
  - c.4) no prazo de trinta dias, contados da ciência da decisão, envie a este Tribunal documentos comprobatórios de que a interessada está ciente do julgamento deste Tribunal.”

É o relatório.

## VOTO

Está em análise neste processo o ato de concessão de aposentadoria a Cleonice Fonseca Nogueira Coutinho no cargo de Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região/DF e TO.

2. A Secretaria de Fiscalização de Pessoal - Sefip opinou, com a concordância do Ministério Público junto ao TCU - MPTCU, pela ilegalidade do ato, em virtude de inclusão indevida nos proventos de vantagens relativas:

- a) a “quintos” decorrentes de exercício de funções comissionadas após o advento da Lei 9.624/1998; e
- b) à “opção” de que trata o art. 2º da Lei 8.911/1994.

3. Alinho-me a essas manifestações e adoto os fundamentos da instrução como parte das minhas razões de decidir.

## II

4. Quanto aos “quintos”, entende-se que sua concessão foi indevida, uma vez que há parcelas incorporadas em razão da utilização de funções comissionadas exercidas após o advento da Lei 9.624/1998. Consoante o entendimento do Supremo Tribunal Federal - STF no Recurso Extraordinário 638.115/CE, com repercussão geral, ao qual se alinhou a jurisprudência do TCU, a exemplo dos Acórdãos 6.584/2019 (relator o ministro-substituto Augusto Sherman), 11.874 e 11.875/2019 (relator o ministro Benjamin Zymler), 11.090, 11.472 e 11.847/2019 (relator o ministro Vital do Rêgo), da 1ª Câmara, e os Acórdãos 9.853/2019 (relator o ministro Raimundo Carreiro) e 10.614/2019 (relator o ministro Augusto Nardes), da 2ª Câmara, entre outros.

5. Notícias recentes dão conta de que o STF, ao analisar embargos de declaração, teria acolhido parcialmente o recurso para modular os efeitos da deliberação anterior de maneira a não cessar imediatamente o pagamento dos “quintos/décimos” nas situações em que existem decisões judiciais ou administrativas<sup>1</sup>.

6. De acordo com publicação efetuada no Diário de Justiça Eletrônico 232, divulgado em 24/10/2019, em virtude das extensões dos votos proferidos na sessão virtual de 11/10/2019 a 17/10/2019, e para análise do quórum de modulação dos efeitos, a proclamação do resultado do julgamento será feita em sessão do Plenário Presencial, cuja data não consta do Portal do STF<sup>2</sup>.

7. Sobre o assunto, vale observar que em casos nos quais o pagamento dessa vantagem decorre de sentença judicial transitada em julgado, à vista da garantia contida no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição de 1988, por prudência, optei em algumas ocasiões, na linha de outras deliberações deste Tribunal, por sobrestar o julgamento do processo até o trânsito em julgado do Recurso Extraordinário 638.115/CE (Acórdão 1.742/2018 - 2ª Câmara, de minha relatoria, a título ilustrativo).

8. Porém, diante da presença de outras irregularidades no ato em tela – a gerar despesas indevidas – e da substância jurídica das análises já proferidas quanto a “quintos/décimos”, e por depreender que estão pendentes de deliberação apenas os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no que diz respeito aos pagamentos atualmente feitos, julgo que cabe prosseguir com o andamento deste feito.

<sup>1</sup> Consulta, na mesma data, em <https://sindjusdf.org.br/2019/10/18/stf-decide-pela-manutencao-dos-quintos-atuacao-conjunta-do-sindjus-df-e-associacoes-conquista-vitoria-historica/>

<sup>2</sup> <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4054666>



9. Em situação similar, o ministro Benjamin Zymler bem aduziu que o ponto poderá ser reexaminado quando da emissão de novo ato de aposentadoria, uma vez que remanescem outros fundamentos para considerar ilegal a concessão (Acórdão 11.875/2019 - 1ª Câmara).
10. De qualquer sorte, o Tribunal deve abster-se de determinar a suspensão do pagamento da vantagem de “quintos” em razão de parcelas incorporadas pelo exercício de funções comissionadas exercidas após o advento da Lei 9.624/1998 pelo fato de o assunto estar em discussão no Supremo. A solução mais apropriada, de modo semelhante ao desfecho que tem sido dado pelo TCU nos casos de pagamento da rubrica relativa ao bônus de eficiência e produtividade implementado pela Lei 13.464/2017 (Acórdão 11.447/2019 - 1ª Câmara, relator o ministro Bruno Dantas, igualmente a título exemplificativo), é determinar à unidade jurisdicionada que acompanhe o andamento do citado Recurso Extraordinário 638.115/CE, a fim de observar, oportunamente, as orientações a serem expedidas pela Suprema Corte quanto à cessação, ou não, do pagamento da vantagem incorporada após o advento da Lei 9.624/1998.

### III

11. Destarte, resta avaliar a questão do pagamento da parcela denominada “opção”.

12. Este Tribunal firmou 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” (Acórdão 1.599/2019 - Plenário, relator o ministro Benjamin Zymler).

13. Além disso, 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, também da relatoria do ministro Benjamin Zymler, entre outros).

14. Ainda que esses fundamentos (aliados aos expostos nos tópicos anteriores deste voto) sejam suficientes para a conclusão sobre a ilegalidade do ato, principalmente porque a ex-servidora somente implementou os requisitos para aposentadoria após o advento da mencionada Emenda Constitucional 20/1998, a inclusão nos proventos de duas rubricas que têm a mesma origem (a VPNI derivada de “quintos” e a vantagem decorrente da “opção”) é irregular.

15. Conforme o Acórdão 2.988/2018 - Plenário, de minha relatoria, mesmo quando o servidor público fazia jus à “opção”, a acumulação das duas rubricas contrariava o estabelecido no art. 193, § 2º, da Lei 8.112/1990 (atualmente revogado pela Lei 9.527/1997), a seguir reproduzido:

“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.”

16. O dispositivo era claro quanto ao impedimento de acumular a vantagem prevista no *caput* (incorporação na aposentadoria do valor do cargo em comissão ou da função de confiança) com a do art. 192 (aumento em relação ao padrão ocupado na carreira antes da inatividade) ou, ainda, com a do art. 62 (“quintos” em virtude do exercício de cargo em comissão ou função de confiança), ressalvado apenas o direito de opção por uma das vantagens.

17. Relativamente à parte final do § 2º do art. 193, o direito de “opção” se referia à possibilidade de o servidor escolher um entre os diferentes institutos mencionados no artigo (a remuneração do cargo em comissão ou a gratificação da função – art. 193, *caput*, ou o aumento no padrão da carreira, art. 192, ou os “quintos”, art. 62). O direito não significava permissão para acumular rubricas remuneratórias, mas, sim, resguardava a escolha entre vantagens distintas.

18. Esse direito não se confunde com o termo “opção” a que alude o art. 2º da Lei 8.911/1994, que diz respeito à forma de calcular a remuneração do servidor efetivo investido em cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento.

19. Aqui cabe esclarecer que a Lei 8.911/1994, em seu art. 2º, regulamenta a maneira de calcular o valor pago em retribuição ao exercício de cargo em comissão ou função de confiança. A mesma lei também alude a critérios de incorporação de “quintos/décimos”, com remissão em sua ementa à Lei 8.112/1990. Ou seja, aquela lei não inovou em relação ao Regime Jurídico Único, mas regulamentou alguns de seus artigos.

20. Assim, o termo “opção” não constitui nova rubrica, de modo a permitir acumulação adicional aos “quintos/décimos” na aposentadoria (art. 11 da Lei 8.911/1994). A norma, na verdade, se refere à forma de pagar a remuneração pelo exercício de cargo em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento: pelo seu valor total ou, no caso do servidor ocupante de cargo efetivo, pelo vencimento desse cargo mais 55% do vencimento fixado para o cargo em comissão ou para as funções indicadas no *caput* do art. 2º da Lei 8.911/1994 e a representação mensal.

21. A aplicação de percentual é apenas uma forma de estabelecer o valor da remuneração pelo exercício do cargo em comissão ou das funções especificadas, sem a possibilidade de induzir à incorporação como rubrica distinta. Quer seja proporcional, quer seja integral, a dita “opção” não poderia ser acumulável com a vantagem derivada de “quintos/décimos”, haja vista partilharem da mesma natureza, da mesma origem, situação que era expressamente vedada no art. 193, § 2º, da Lei 8.112/1990.

22. Portanto, além de representar ofensa às disposições do art. 40, *caput* e § 2º, da Constituição Federal, a rubrica “opção” também não seria devida de forma cumulativa com a decorrente de “quintos/décimos”, o que se verificou no ato de aposentadoria em exame.

Ante o exposto, ao acolher os pareceres da Sefip e do MPTCU, com os acréscimos de fundamentação que entendo pertinentes e a ressalva relativa à não suspensão, por ora, do pagamento da vantagem de “quintos” em razão de parcelas incorporadas pelo exercício de funções comissionadas exercidas após o advento da Lei 9.624/1998, voto por que o Tribunal adote a minuta de acórdão que submeto à consideração deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 3 de dezembro de 2019.

ANA ARRAES  
Relatora

## ACÓRDÃO Nº 13091/2019 – TCU – 2ª Câmara

1. Processo TC 028.983/2019-0
2. Grupo II – Classe V – Aposentadoria.
3. Interessada: Cleonice Fonseca Nogueira Coutinho (CPF 301.241.661-72).
4. Unidade: Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região/DF e TO.
5. Relatora: ministra Ana Arraes.
6. Representante do Ministério Público: procurador Júlio Marcelo de Oliveira.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Pessoal (Sefip).
8. Representação legal: não há.

## 9. Acórdão:

VISTO, relatado e discutido o ato de aposentadoria de Cleonice Fonseca Nogueira Coutinho no cargo de Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região/DF e TO.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pela relatora, e com fundamento nos artigos 71, incisos III e IX, da Constituição Federal de 1988, 1º, inciso V, e 39, inciso II, da Lei 8.443/1992, 1º, inciso VIII, 259, inciso II, e 262 do Regimento Interno, 8º da Resolução TCU 206/2007 e 19 da Instrução Normativa TCU 78/2018, bem como na Súmula TCU 106, em:

- 9.1. considerar ilegal o ato de aposentadoria em análise e negar-lhe registro;
- 9.2. dispensar a reposição das importâncias indevidamente recebidas de boa-fé pela beneficiária até a data da notificação desta deliberação à unidade jurisdicionada;
- 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, cesse o pagamento nos proventos da interessada da parcela indevida relativa à “opção”, sob pena de ressarcimento das quantias pagas indevidamente e responsabilização solidária da autoridade competente;
  - 9.3.2. acompanhe o andamento do Recurso Extraordinário 638.115/CE, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, a fim de observar, oportunamente, as orientações a serem expedidas, com repercussão geral, quanto à cessação, ou não, do pagamento da vantagem derivada de “quintos” incorporados após o advento da Lei 9.624/1998;
  - 9.3.3. comunique à interessada a deliberação deste Tribunal e a alerte de que o efeito suspensivo proveniente de eventual interposição de recursos no TCU não a eximirá da devolução dos valores indevidamente recebidos após a notificação, em caso de desprovimento dos apelos;
  - 9.3.4. no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência deste acórdão:
    - 9.3.4.1. encaminhe a este Tribunal, por cópia, comprovante da data em que a interessada dele tomar conhecimento; e
    - 9.3.4.2. emita novo ato, em que sejam suprimidas as irregularidades, e o submeta ao TCU para nova apreciação.

## 10. Ata nº 44/2019 – 2ª Câmara.

## 11. Data da Sessão: 3/12/2019 – Ordinária.

## 12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-13091-44/19-2.

## 13. Especificação do quórum:

## 13.1. Ministros presentes: Augusto Nardes (na Presidência), Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro e Ana Arraes (Relatora).

## 13.2. Ministro-Substituto presente: André Luís de Carvalho.



(Assinado Eletronicamente)  
JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES  
na Presidência

(Assinado Eletronicamente)  
ANA ARRAES  
Relatora

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)  
LUCAS ROCHA FURTADO  
Subprocurador-Geral