

GRUPO I – CLASSE V – Primeira Câmara

TC 008.949/2020-4

Natureza: Aposentadoria

Órgão/Entidade: Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região/mg

Interessado: Antônio Celso Alves Barcelos (442.156.226-20)

Representação legal: não há

SUMÁRIO: APOSENTADORIA. VANTAGEM DENOMINADA OPÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL 20/1998. VEDAÇÃO. CONCESSÃO INDEVIDA DE QUINTOS. ILEGALIDADE. DETERMINAÇÕES. AJUSTE DO ATO À DECISÃO DO STF NO RE 638115. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Adoto, como Relatório, a instrução da Sefip, vazada nos termos a seguir transcritos, com a qual anuiu o representante do Ministério Público:

Trata-se de ato de concessão de aposentadoria de ANTÔNIO CELSO ALVES BARCELOS (CPF: 442.156.226-20) no cargo de Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região/MG, 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 SISAC, na forma da Instrução Normativa TCU 55/2007.

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 as informações do ato concessório, verifica-se que o interessado 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. 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 que merecem atenção especial.

Incorporação de opção de função.

6. 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”.

7. *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”.

8. *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.*

9. *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”.](#)

10. *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.

11. *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.*

12. *Tal Acórdão foi proferido em sede de Embargos de Declaração opostos ao Acórdão 589/2005 – 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).*

13. *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.*

14. *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)

15. 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.

16. 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.

17. 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.]

18. 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.

19. 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.

20. 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.

21. 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.

22. 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.

23. 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 legitimizar 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. **Cármem 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

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 163 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para determinar a restituição das parcelas não prescritas, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli (Presidente), Marco Aurélio e Gilmar Mendes. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “Não incide contribuição previdenciária sobre verba não incorporável aos proventos de aposentadoria do servidor público, tais como ‘terço de férias’, ‘serviços extraordinários’, ‘adicional noturno’ e ‘adicional de insalubridade’”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não votou o Ministro Alexandre de Moraes, sucessor do Ministro Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 11.10.2018.

RE 593.068/SC (Min. Relator Roberto Barroso)

24. *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.*

25. *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.

26. *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”;

27. *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.*

28. *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.*

29. *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”.*

30. *Diante disso, por se tratar de vantagem que proporciona um acréscimo aos proventos de aposentadoria em relação à última remuneração, assim como pela falta de incidência de contribuição previdenciária na 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.*

Incorporação de quintos/décimos de função.

31. *A possibilidade de incorporação da vantagem denominada “quintos” foi instituída com a Lei 6.732/1979.*

32. *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.*

33. *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.*

34. *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.*

35. *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.*

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

37. 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.

38. 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”.

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

40. 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.

41. 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).

42. 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.

43. 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”.

44. 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.

45. 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.

46. 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”.

47. 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.

48. 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.

49. 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.

50. 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.

51. Em recente julgamento, no supramencionado RE 638.115/CE, cujo resultado final foi proclamado em 18/12/2019, o STF deu provimento a Embargos de Declaração, onde foi proferida a seguinte decisão:

“Inicialmente, o Tribunal, por maioria, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Ministro Dias Toffoli (Presidente), deliberou que, para a modulação dos efeitos de decisão em julgamento de recursos

extraordinários repetitivos, com repercussão geral, nos quais não tenha havido declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, é suficiente o quórum de maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, vencido o Ministro Marco Aurélio, que diverge quanto à formulação da questão de ordem e quanto ao seu mérito. Votaram na questão de ordem os Ministros Luiz Fux e Roberto Barroso. Na sequência, o Ministro Dias Toffoli (Presidente) proclamou o resultado do julgamento deste recurso, ocorrido na sessão virtual de 11.10.2019 a 17.10.2019: "O Tribunal, por maioria, acolheu parcialmente os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para reconhecer indevida a cessação imediata do pagamento dos quintos quando fundado em decisão judicial transitada em julgado, vencida a Ministra Rosa Weber, que rejeitava os embargos. No ponto relativo ao recebimento dos quintos em virtude de decisões administrativas, o Tribunal, em razão de voto médio, rejeitou os embargos e, reconhecendo a ilegitimidade do pagamento dos quintos, modulou os efeitos da decisão de modo que aqueles que continuam recebendo até a presente data em razão de decisão administrativa tenham o pagamento mantido até sua absorção integral por quaisquer reajustes futuros concedidos aos servidores. Os Ministros Ricardo Lewandowski e Celso de Mello proviam os embargos de declaração e modulavam os efeitos da decisão em maior extensão. Ficaram vencidos, nesse ponto, os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Por fim, o Tribunal, por maioria, também modulou os efeitos da decisão de mérito do recurso, de modo a garantir que aqueles que continuam recebendo os quintos até a presente data por força de decisão judicial sem trânsito em julgado tenham o pagamento mantido até sua absorção integral por quaisquer reajustes futuros concedidos aos servidores, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Tudo nos termos do voto do Relator. Afirmaram suspeição os Ministros Luiz Fux e Roberto Barroso". Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 18.12.2019".

52. *Em razão disso, mesmo afrontando a tese da repercussão geral, o STF permitiu a continuidade do pagamento dos quintos incorporados no período de 8/4/1998 a 4/9/2001. Todavia, no que diz respeito às parcelas amparadas com base em decisão judicial não transitada em julgado ou decisão administrativa, deverá ser promovida sua absorção por quaisquer reajustes futuros.*

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

53.1 *No que diz respeito à vantagem de quintos, a despeito de haver incorporações após o advento da Lei 9.624/1998, o que impediria a legalidade do ato nesse aspecto, o pagamento está amparado pela decisão do STF supramencionada.*

53.2 *A despeito de o TCU não está diretamente submetido ao que foi decidido pelo Poder Judiciário, entende-se que deve ser respeitado as decisões do STF fixadas em regime de repercussão geral, uma vez que este Tribunal pode se autovincular ao precedente adotado pela Corte Maior. A respeito disso, trago aos autos trecho do voto do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer proferido no âmbito do Acórdão 442/2020 – TCU – 2ª Câmara, com argumentos para que este Tribunal se alinhe a essa decisão do STF supramencionada:*

"31. Registro que o TCU, apesar de não estar diretamente submetido à processualística delineada no ordenamento jurídico para o Poder Judiciário, deve respeitar as decisões do STF fixadas em regime de repercussão geral, uma vez que esta Casa de Contas pode se autovincular ao precedente adotado pela àquela Corte Maior.

32. *Essa autovinculação reduz "incertezas" e "discricionariedades" no julgamento da matéria, com as seguintes benesses que destaco, sem a pretensão de ser exaustivo: a) evita disparidade de entendimentos acerca de um mesmo assunto; b) reduz o risco de litígios, haja vista a grande possibilidade de os interessados impetrarem mandamus no STF, ante o assentamento da questão naquele Pretório Excelso; c) elimina dívida do jurisdicionado e notadamente dos órgãos e entidades que administram recursos humanos e concedem aposentadoria, porquanto o tema receberia tratamento uníssono tanto pelo Poder Judiciário quanto pelo TCU; d) acelera a capacidade de resposta desta Corte de Contas em processos que tratam do assunto; e) faz deferência ao princípio da isonomia e da proteção da confiança legítima, vertente subjetiva da segurança jurídica; f) observa o art. 926 do CPC ao dispor que "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente", de aplicação subsidiária aos processos de contas, por força do que dispõe o art. 298 do RI/TCU; g) evita revisão de ofício por parte desta Casa de Contas.*

33. De ressaltar que o texto legal do art. 926 do CPC não pode ser interpretado de forma reducionista, fechada e em descompasso com a coesão e a coerência no direito. A exegese desaconselhável seria aquela em que esta Corte, por hipótese, deveria “manter a sua própria” jurisprudência, a qualquer custo, “estável, íntegra e coerente”, sem observar o que decide uma Corte de vértice como o Supremo. Essa linha de raciocínio vai na contramão da estabilidade, da integralidade e da coerência, objetivos definidos pelo legislador.

34. Ao revés, creio que a interpretação do dispositivo legal (art. 926 do CPC) deve privilegiar a exegese que confere “unidade ao direito”, como algo imprescindível para coerência da ordem jurídica, sem a qual não há segurança jurídica tampouco possibilidade de igualdade no e pelo direito.

35. Explica Luiz Guilherme Marinoni que a unidade do direito “reflete a coerência da ordem jurídica, viabilizando a previsibilidade e o tratamento uniforme de casos similares.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes – justificativa do novo CPC*, São Paulo: RT, 2016, 2ª ed., p. 105).

36. Quanto à coerência e à integridade no direito, Lenio Streck esclarece: “(...) haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade. Água e azeite.” (STRECK, Lenio. *Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?*, disponível em:).

37. Dessa forma, para cumprir os comandos da estabilidade, da integridade e da coerência, consoante a previsão do CPC (art. 926), esta Corte de Contas deve observar as decisões da Suprema Corte em Recurso Extraordinário com repercussão geral julgada, em deferência à “unidade ao direito” e à segurança jurídica, mediante exercício de autovinculação, conforme mencionei acima”.

53.3 Constata-se também que o Acórdão 501/2020 – TCU – 1ª Câmara (Ministro-Relator Weder de Oliveira) foi no mesmo sentido de se alinhar à decisão do STF supramencionada.

53.4 Assim, no caso concreto, por se tratar de decisão administrativa, entende-se deve ser determinado ao Gestor de Pessoal que promova o destaque da(s) parcela(s) de quintos incorporada(s) com amparo em funções comissionadas exercidas entre 8/4/1998 a 4/9/2001 e transforme-a(s) em “Parcela Compensatória” a ser absorvida por quaisquer reajustes futuros, consoante decidido pelo STF no RE 638.115/CE.

53.5 Sobre a vantagem de “opção”, entende-se que sua concessão foi indevida, visto que proporcionou acréscimo aos proventos de aposentadoria em relação a última remuneração, assim como em virtude de não haver incidência de contribuição previdenciária na atividade, resultando em descumprimento do disposto no art. 40, caput e § 2º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998.

54. 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.

55. 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

56. *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) concessão 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 da atividade, assim como em virtude de não haver incidência de contribuição previdenciária na atividade, resultando em descumprimento do disposto no art. 40, caput e § 2º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998;

b) concessão da vantagem de quintos em razão do exercício de funções comissionadas após o advento da Lei 9.624/1998.

57. *Em razão do que foi decidido pelo STF no RE 638.115/CE, será proposta determinação ao Gestor de Pessoal que promova o destaque da(s) parcela(s) de quintos incorporada(s) com amparo em funções comissionadas exercidas entre 8/4/1998 a 4/9/2001 e transforme-a(s) em “Parcela Compensatória” a ser absorvida por quaisquer reajustes futuros.*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

58. *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) faça cessar, com base no art. 262, caput, do Regimento Interno do TCU, c/c art. 19, inciso II, da IN TCU 78/2018, o pagamento da vantagem de opção que trata o art. 2º da Lei 8.911/1994 (c/c art. 18, § 2º, da Lei 13.316/2016), no prazo 15 (quinze) dias, contados a partir da ciência desta deliberação, sujeitando-se a autoridade administrativa omissa à responsabilidade solidária;

c.2) promova o destaque da(s) parcela(s) de quintos incorporada(s) com amparo em funções comissionadas exercidas entre 8/4/1998 a 4/9/2001 e transforme-a(s) em “Parcela Compensatória” a ser absorvida por quaisquer reajustes futuros, consoante decidido pelo STF no RE 638.115/CE;

c.3) comunique o interessado do teor desta decisão, alertando-o de que o efeito suspensivo proveniente da interposição de eventuais recursos não o 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 o interessado está ciente do julgamento deste Tribunal.

VOTO

Trata-se de ato de concessão de aposentadoria de Antônio Celso Alves Barcelos, no cargo de Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, no Estado de Minas Gerais.

Acolho, na íntegra, os pareceres da Secretaria de Fiscalização de Pessoal (Sefip) e do Ministério Público, os quais adoto como razões de decidir.

O ato em exame contempla o pagamento irregular da vantagem denominada “opção”, o que proporciona sensível acréscimo aos proventos de aposentadoria em relação à última remuneração contributiva do servidor em atividade, resultando em ostensivo descumprimento ao disposto no art. 40, *caput* e § 2º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998.

Além da fundamentação já exposta no relatório, cumpre citar que, por meio do Acórdão 1.599/2019 – TCU – Plenário, este Tribunal fixou o seguinte entendimento:

*9.4. firmar entendimento de que é vedado o pagamento das vantagens oriundas do art. 193 da Lei 8.112/1990, inclusive o pagamento parcial da remuneração do cargo em comissão (“opção”), aos servidores que implementaram os requisitos de aposentadoria após 16/12/1998, data de publicação da Emenda Constitucional 20, que **limitou o valor dos proventos à remuneração do cargo efetivo no qual se deu a aposentadoria.***

Nos termos da instrução transcrita no relatório, o ato abrange parcelas referentes à incorporação de quintos, cuja concessão utilizou tempo de funções comissionadas exercidas após o advento da Lei 9.624/1998, o que contrariava, em uníssono, a pacífica Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte de Contas.

De fato, desde a sessão ordinária de 19/3/2015, nos autos do RE 638115, em tema de repercussão geral (395), o STF considerava que ofendia “o princípio da legalidade a decisão que concede a incorporação de quintos pelo exercício de função comissionada no período de 8/4/1998 até 4/9/2001, cessada a ultratividade das incorporações em qualquer hipótese”. Na ocasião, o STF, modulando os efeitos da referida decisão, desobrigou a devolução dos valores recebidos de boa-fé pelos servidores até a data do referido julgado.

Ocorre que, na sessão ordinária de 18/12/2019, em embargos de declaração, opostos por representantes de servidores dos três poderes, o mesmo STF revisitou a matéria tratada e, embora tenha reafirmado a ilegalidade dos pagamentos de quintos ora analisados, optou por determinar a continuidade dos que tenham por fundamento decisão judicial transitada em julgado, modulando, mais uma vez, os efeitos da decisão embargada, para manter, até a sua integral absorção por reajustes futuros, o pagamento dos que continuavam recebendo o benefício, seja por força de decisão administrativa, seja de decisão judicial, mesmo sem trânsito em julgado.

Desta forma, a recente decisão da Suprema Corte de dezembro de 2019, ainda que não vincule o julgamento dos atos de pessoal a cargo do controle externo, altera, de forma decisiva e radical, com repercussão geral, todo o entendimento deste Tribunal, em relação à ilegalidade do pagamento dos quintos e às naturais consequências que se deviam extrair do ato irregular, autorizando a continuidade do pagamento, mesmo em face de sua reconhecida ilegalidade.

Em síntese, sem embargo de permitir a continuidade da despesa pública, a partir de decisão que o próprio STF considera ilegal, no contexto de ostensiva ação dos órgãos de classe, representativos dos servidores beneficiados, permanecem os pagamentos decorrentes de quintos adquiridos nos anos de 2008 a 2011.

Sendo assim, com ressalvas da minha posição pessoal, considerando a informação da Sefip de que os quintos irregulares foram concedidos à ex-servidor, por **decisão administrativa**, anuo à proposta da unidade, no sentido de que seja determinado ao gestor de pessoal do órgão de origem que promova, na folha de pagamento da servidor, o destaque dos valores correspondentes a quintos incorporados com amparo em funções comissionadas exercidas entre 8/4/1998 a 4/9/2001, transformando-os em “Parcela Compensatória” a ser absorvida por quaisquer reajustes futuros, consoante decidido pelo STF no aludido RE 638.115/CE.

Registro, por fim, que o ato em exame deu entrada neste Tribunal em 18/9/2017.

Ante o exposto, julgo ilegal o ato, negando-lhe registro.

Voto, pois, por que o Tribunal acolha a minuta de acórdão que submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 28 de julho de 2020.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

ACÓRDÃO Nº 8249/2020 – TCU – 1ª Câmara

1. Processo nº TC 008.949/2020-4.
2. Grupo I – Classe de Assunto: Aposentadoria.
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Interessado: Antônio Celso Alves Barcelos (442.156.226-20).
4. Órgão/Entidade: Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região/MG.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Pessoal (SEFIP).
8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de processo de aposentadoria de servidor do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no Estado de Minas Gerais.

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

- 9.1. considerar ilegal a presente concessão e negar registro ao respectivo ato;
- 9.2. dispensar a devolução dos valores indevidamente recebidos de boa-fé pelo interessado, nos termos do Enunciado 106 da Súmula de Jurisprudência deste Tribunal;
- 9.3. determinar ao órgão de origem que adote as seguintes providências, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa:
 - 9.3.1. dê ciência do inteiro teor desta deliberação ao interessado no prazo de quinze dias e faça juntar aos autos o comprovante dessa notificação nos quinze dias subsequentes;
 - 9.3.2. suspenda os pagamentos realizados com base no ato ora impugnado;
 - 9.3.3. promova o destaque das parcelas de quintos incorporada com amparo em funções comissionadas exercidas entre 8/4/1998 a 4/9/2001, transformando-as em “Parcela Compensatória” a ser absorvida por quaisquer reajustes futuros, consoante decidido pelo STF no RE 638.115/CE;
 - 9.3.4. emita novo ato de aposentadoria e submeta-o a registro deste Tribunal no prazo de trinta dias, após corrigidas as falhas que ensejaram a ilegalidade do ato.

10. Ata nº 25/2020 – 1ª Câmara.

11. Data da Sessão: 28/7/2020 – Telepresencial.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-8249-25/20-1.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Benjamin Zymler (na Presidência), Walton Alencar Rodrigues (Relator) e Bruno Dantas.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
BENJAMIN ZYMLER
na Presidência

(Assinado Eletronicamente)
WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

Fui presente:
(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Subprocurador-Geral