Excelentíssimo Senhor AUTORIDADE

**ÓRGÃO JURISDICIONAL**

CIDADE-ESTADO

**Ref.: Processo Administrativo nº ...............................................**

Ementa: **Decisão recorrida que não observa posicionamento contemporâneo do Supremo Tribunal Federal. MS 36869, acórdãos em agravo regimental e embargos declaratórios que reconhecem a impossibilidade de corte remuneratório**. Oficial de Justiça Avaliador Federal. Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada, oriunda da incorporação dos quintos. Possibilidade de cumulação com Gratificação de Atividade Externa. Verbas de natureza distintas. Princípio da Legalidade. Violação à segurança jurídica. Vedação à aplicação retroativa de nova interpretação. Direito adquirido à cumulação. Decadência administrativa. Parcela compensatória. Necessidade de recebimento do recurso no efeito suspensivo. REANÁLISE DA MATÉRIA EM REPRESENTAÇÃO ESPECÍFICA NO PLENÁRIO DO TCU.

**NOME**, qualificado, em face de decisão proferida pelo **AUTORIDADE QUE PROFERIU A DECISÃO**, com suporte nos artigos 106 a 109[[1]](#footnote-1) da Lei 8.112, de 1990, tempestivamente, interpõe **RECURSO ADMINISTRATIVO**, com pedido de **EFEITO SUSPENSIVO**, requerendo, caso não ocorra prévio juízo de **RECONSIDERAÇÃO,** a remessa do feito à autoridade superior, para que reforme a decisão recorrida, nos termos das razões inclusas.

**CIDADE, DATA**

**SERVIDOR**

Matrícula ................

Excelentíssimo Senhor Desembargador

**Tribunal ...............................................................**

CIDADE-ESTADO

**Razões do recorrente**

**INTRODUÇÃO: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO REANALISARÁ A MATÉRIA EM PLENÁRIO NO PROCESSO 036.450/2020-0 (REPRESENTAÇÃO) INSTAURADO EM OUTUBRO DE 2020**

Em 15 de outubro de 2020, o Tribunal de Contas da União instaurou o processo nº 036.450/2020-0[[2]](#footnote-2) (REPRESENTAÇÃO), distribuído à relatoria do Ministro RAIMUNDO CARREIRO, com o seguinte objeto:

Objeto do processo: Pessoal. Representação visando apurar possíveis irregularidades no pagamento cumulativo realizado por órgãos do Poder Judiciário, em benefício de Oficiais de Justiça ativos, inativos e aos pensionistas, da Gratificação de Atividade Externa juntamente com a parcela de quintos/décimos de função, transformado em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificável (VPNI) pelo art. 62-A da Lei 8.112/1992, considerando o entendimento firmado pela jurisprudência deste TCU, a exemplo dos Acórdãos 2.784/2016-TCU-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler), 9.800/2019-TCU-1ª Câmara (Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer), 8.533/2019-TCU-1ª Câmara (Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues), 4.994/2019-TCU-2ª Câmara (Relator Ministro André de Carvalho) e 4.523/2019-TCU-1ª Câmara (Relator Ministro Vital do Rêgo).

A representação reúne todos os tribunais e analisará o conjunto das realidades existentes. Em resumo, as dúvidas razoáveis, os impedimentos, as ausências de indícios de ilicitude ou sua confirmação, os relatórios de vários tribunais (a exemplo do TRT-4, TRT-17 e TRT-11) onde as autoridades administrativas concluíram pela inexistência dos referidos indícios, seja pela ocorrência de decadência ou demais elementos de mérito da incorporação, serão conjuntados na representação aberta no TCU para análise de quais providências serão necessárias.

Conforme o Regimento Interno do TCU, a representação está prevista no artigo 246, assim:

Art. 246. No curso de fiscalização, se verificado procedimento de que possa resultar dano ao erário ou irregularidade grave, a equipe representará, desde logo, com suporte em elementos concretos e convincentes, ao dirigente da unidade técnica, o qual submeterá a matéria ao respectivo relator, com parecer conclusivo.

Esta previsão é especialmente importante no caso em análise, porque até o momento não houve processo aberto específico para os tribunais, apenas notificações sobre o Acórdão 2784/2016/TCU-Plenário. Neste, analisou-se concretamente o registro de alguns aposentados do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, hoje protegidos por acórdão em mandado de segurança na iminência de transitar em julgado no Superior Tribunal de Justiça (NUP 0098714-30.2017.4.02.5101) que afastou a decisão da Corte de Contas e reconheceu a legalidade do pagamento da VPNI de quintos com a GAE de Oficial de Justiça Avaliador Federal.

O primeiro processo específico, em que o tema será tratado pelo TCU, é a representação em andamento e apenas dela pode emanar ordem executória de procedimento a ser adotado pelas autoridades envolvidas, sem prejuízo da interposição – com efeito suspensivo - de **pedido de reexame** (prazo de 15 dias) e **embargos de declaração** (prazo de 10 dias) (prerrogativa que cada órgão fiscalizado tem, conforme artigos 286 e 287 do RITCU).

Logo, ao contrário do que as notificações indiciais sugeriram, a definição de como os órgãos públicos envolvidos (tribunais) devem proceder ainda será tomada em acórdão plenário, **daí não serem adequadas medidas graves como corte remuneratório, antes da posição final do TCU**.

**1. SÍNTESE DA DECISÃO RECORRIDA**

O recorrente é servidor público federal, ocupante do cargo de Oficial de Justiça Avaliador Federal, sendo que recebe a Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI, oriunda da incorporação dos quintos, há mais de 10 anos, conforme fazem prova as informações funcionais constantes nestes autos, assim como recebe a Gratificação de Atividade Externa (GAE) pelo exercício do cargo de Oficial de Justiça, portanto, recebendo as parcelas cumulativamente há mais de 5 anos.

Assim, o servidor recebeu notificação sobre suposta irregularidade na acumulação ilegal das parcelas Quintos ou Décimos – VPNI e Gratificação de Atividade Externa – GAE, de forma que apresentou defesa devidamente fundamentada, conforme reconhecido pela própria decisão da Diretoria do Foro. A defesa foi rejeitada pela autoridade recorrida.

Assim, interpõe o presente recurso. De plano, ressalta-se que a cumulação é legal, devido à natureza distinta de ambas as parcelas, além de não haver vedação na Lei nº 1.416, de 2006, que instituiu a GAE. Com efeito, a VPNI é oriunda da incorporação de quintos decorrentes do exercício de função comissionada, e a proibição decorrente do § 2º do artigo 16 da referida lei não se aplica à hipótese de incorporação[[3]](#footnote-3).

Não fosse suficiente, o recorrente possui o direito adquirido ao recebimento de ambas as parcelas, pois já recebe a VPNI de quintos e a GAE, cumulativamente, há pelo menos 14 anos. Logo, o direito de a Administração rever seus atos foi atingido pela decadência.

Mesmo assim, o Tribunal de Contas da União insistiu em sustentar ser ilegal seu pagamento cumulado.

O equivocado entendimento da Corte de Contas decorre do Acórdão 2.784/2016, por meio do qual apontou a impossibilidade de manter o ato de aposentadoria de servidores ocupantes do cargo de Oficial de Justiça Avaliador Federal vinculados ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região com a percepção conjunta da GAE e da VPNI decorrente de quintos, quando esta tiver como origem Função Comissionada de nível 5 ou Gratificação de Representação de Gabinete (GRG).

Conforme se extrai do acórdão, o relator, Ministro Benjamin Zymler, **contrariando os pareceres da unidade técnica e do Ministério Público junto ao TCU**, que entenderem pela **legalidade** da incorporação dos quintos cumulativamente com a Gratificação de Atividade Externa, assentou que o artigo 16, § 2º, da Lei nº 11.416, de 2006, vedaria a percepção de forma cumulada, que também encontraria óbice na suposta natureza de “gratificação geral” das parcelas incorporadas:

(...) 3. **Os pareceres exarados nos autos foram uníssonos pela legalidade dos atos**.

4. **Data maxima venia**, dissinto do encaminhamento proposto, exceto quanto ao ato número de controle 20782110-04-2015-000038-0 (servidor José Martins, Técnico Judiciário), em relação ao qual não faço reparos.

(...)

6. Ocorre que tanto a GRG quanto a FC-5 não possuía natureza de função de confiança, pois era paga a todos os ocupantes do cargo efetivo de Analista Judiciário, especialidade Oficial de Justiça Avaliador. Logo, a “investidura” na função não dependia de escolha da autoridade, do quesito confiança, inerente a todos os ocupantes de função comissionada. Tampouco poderiam seus ocupantes ser demitidos **ad nutum.**Assim, a despeito do **nomen iuris**, claro está que se tratava de verdadeira gratificação paga em razão do exercício das atribuições típicas do cargo (execução de mandatos) e criada por normativos internos do TRF da 2ª Região.

(...)

8. Embora a própria criação dessa gratificação, por m eio de ato administrativo, pudesse ser examinada sob o aspecto da legalidade, o fato é que essa vantagem não possui natureza de função (pois paga indistintamente a todos os Oficiais de Justiça) e, portanto, não teria o condão de gerar a incorporação de quintos.

(...)

10. Ademais, não se deve olvidar que o art. 16 da Lei 11.416/2006, que instituiu a Gratificação de Atividade Externa (GAE), devida exclusivamente ao Oficial de Justiça Avaliador, vedou a percepção dessa gratificação para os servidores designados para o exercício de função comissionada e para os ocupantes de cargo em comissão:

“*Art. 16. Fica instituída a Gratificação de Atividade Externa – GAE, devida exclusivamente aos ocupantes do cargo de Analista Judiciário referidos no § 1o do art. 4º desta Lei.*

*§ 1º A gratificação de que trata este artigo corresponde a 35% (trinta e cinco por cento) do vencimento básico do servidor.*

*§ 2º* ***É vedada a percepção da gratificação prevista neste artigo pelo servidor designado para o exercício de função comissionada ou nomeado para cargo em comissão****.*”(grifei)

(...)

21. Assim, tendo em vista que tanto a vantagem dos “quintos” como a GAE têm origem no desempenho das atividades de execução de mandados, há verdadeiro **bis in idem**, razão pela qual o ato número de controle20782110-04-2014-000035-3 deve ser considerado ilegal. (grifou-se)

Contudo, tal entendimento não merece prosperar, notadamente porque o artigo 16, § 2º, da Lei nº 11.416, de 2006, não pode ser interpretado extensivamente para suprimir direitos, bem como porque a VPNI de quintos incorporada pelo arguente não possuía “caráter geral”, não sendo paga, portanto, indistintamente a todos os oficiais de justiça, e não se confundia com a destinação da Gratificação de Atividade Externa.

Bem por isso que a unidade técnica do TRT-18, acertadamente, concluiu ser legal a cumulação (Processo Administrativo nº 12235/2019):

(...) O entendimento do TCU se aplica, em tese, aos servidores deste Regional ocupantes do cargo de Oficial de Justiça, que também eram remunerados com uma função pelo exercício das atrbribuições (*sic*) típicas do seu cargo efetivo, denominada função comissionada de Oficial Especializado, nível FC-4, posteriormente incorporadas na remuneração desses servidores por força da legislação de regência vigente à época.

Essa prática, diga-se de passagem, fora adotada na maioria dos Regionais e perdurou até a edição da Lei 11.416/2006, que institui a Gratificação de Atividade Externa – GAE.

(...)

Não obstante o entendimento do TCU, este Tribunal, com amparo em pareceres deste Núcleo de Legislação de Pessoal, tem mantido o pagamento cumulado da GAE com as VPNI's (quintos/décimos) decorrentes da incorporação das funções comissionadas de Oficial Especializado/FC-4 e de Executante de Mandados, níveis FC-3 e FC-5.

**A posição deste Núcleo leva em consideração os efeitos jurídicos produzidos pela passagem do tempo, conjugado com a boa-fé dos servidores, dentre os próprios princípios consagrados pelo direito administrativo, a exemplo da segurança jurídica**.

No âmbito deste Tribunal, **é incontroverso** o fato de que os atos administrativos que determinaram a incorporação das parcelas de quintos/décimos/VPNI’s decorrentes do exercício da função comissionada de Oficial Especializado/FC-4 foram praticados **há bem mais do que cinco anos** (...)

Cumpre esclarecer, ademais, que a jurisprudência do TCU, inaugurada com o mencionado Acórdão nº 2784/2016 – TCU – Plenário NÃO veda a incorporação de parcelas de quintos/décimos decorrentes do exercício de atividades não relacionadas às atribuições do cargo efetivo de Oficial de Justiça e, por conseguinte, sua acumulação com a GAE. **Registro ainda que na mencionada decisão, proferida por ocasião da apreciação da legalidade de atos de aposentadoria, não foi determinada a revisão das incorporações dos servidores ativos** e tampouco dos inativos, ficando circunscrita ao caso concreto, não obrigando, por conseguinte, os demais órgãos que estão sob sua fiscalização. (grifou-se)

No mesmo sentido entendem as áreas técnicas do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região e do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, conforme se verificará a seguir.

Todavia, o Tribunal de Contas da União insiste em “orientar” os tribunais no sentido de notificar os servidores para apresentarem defesa, que certamente precederá o corte indevido de uma das parcelas.

Ainda, deve-se pontuar que o outro precedente colacionado pelo Diretor do Foro, proveniente do Conselho da Justiça Federal, nos autos do Processo n° 0005894.06.2019.4.90.8000, em verdade, não decide o mérito, e tão somente age para que os Tribunais sigam os preceitos do devido processo legal e, a fim de irem ao encontro do entendimento da Corte de Contas, instaurem os respectivos processos administrativos.

Destarte, só resta como embasamento para a decisão ora impugnada o mérito deduzido do Acórdão nº 2.784/2016, que, a corroborar a controvérsia do tema, já é tema de nova discussão no âmbito do TCU, que será deslindado nos autos do Processo nº 036.450/2020-0.

Em suma, impõe-se que seja considerado que a cumulação, além de ser legal, está protegida pela decadência administrativa e pelos princípios que garantem a segurança jurídica das situações já consolidadas.

**2. FUNDAMENTOS RECURSAIS**

**2.1. Da VPNI oriunda de quintos incorporados**: **natureza jurídica da GRG e da FC de executante de mandados – exigência de designação e encargos adicionais**

Aos servidores ocupantes do cargo de Analista Judiciário, Especialidade Oficial de Justiça Avaliador Federal, que exerceram funções de confiança é devido o pagamento da Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada, oriunda de quintos incorporados. Essa incorporação encontrava-se prevista no artigo 62, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, que assim previa:

Art. 62. Ao servidor investido em função de direção, chefia ou assessoramento é devida uma gratificação pelo seu exercício.

(...)

§ 2º A gratificação prevista neste **artigo incorpora-se à remuneração do servidor e integra o provento da aposentadoria, na proporção de 1/5 (um quinto) por ano de exercício na função de direção, chefia ou assessoramento, até o limite de 5 (cinco) quintos**. (grifou-se)

Ao dispor sobre o assunto, a Lei nº 8.911, de 1994, no seu artigo 3º, preceituava:

Art. 3º 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.

Posteriormente, com a entrada em vigor da Lei nº 9.527, de 1997, que alterou as Leis nº 8.112, de 1990 e nº 8.911, de 1994, para deixar de prever a incorporação dos quintos, as parcelas incorporadas foram transformadas em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada – VPNI, por força do disposto no artigo 15:

Art. 15. Fica extinta 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.

§ 1º **A importância paga em razão da incorporação a que se refere este artigo passa a constituir, a partir de 11 de novembro de 1997, vantagem pessoal nominalmente identificada**, sujeita exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais.

§ 2º É assegurado o direito à incorporação ou atualização de parcela ao servidor que, em 11 de novembro de 1997, tiver cumprido todos os requisitos legais para a concessão ou atualização a ela referente

Portanto, com a vigência do artigo 62 da Lei nº 8.112, de 1990, regulado pela Lei nº 9.911, de 1994, estabeleceu-se que a incorporação de quintos seria calculada na proporção de um quinto por ano de exercício das referidas funções, até o limite de cinco quintos. Após, com a edição da Lei nº 9.527, de 1997, a possibilidade de incorporação desta parcela foi extinta e as vantagens já incorporadas foram transformadas em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada.

Desse modo, percebe-se que a incorporação dos quintos e sua transformação em VPNI ocorreram **há muito mais de 5 (cinco) anos**.

Veja-se que o entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União aduz que não poderia haver o pagamento cumulativo das parcelas justamente pelo fato de que, assim como a Gratificação de Atividade Externa, os quintos constituíam-se como uma parcela de natureza geral e abstrata, concedida a todos Oficiais de Justiça. Todavia, esse entendimento não encontra respaldo na legislação.

A título exemplificativo, no âmbito da **Justiça Federal**, as funções de Executante de Mandados foram criadas pelo **Ato Regulamentar CJF nº 641**, de 1987, que eram retribuídos na forma de Gratificação de Representação de Gabinete (com natureza jurídica de função de confiança). Note-se que, conforme dispõe o ato, as designações para a função de Executante de Mandados não aconteciam de forma automática, mas dependiam de ato do Diretor do Foro da respectiva Seção Judiciária, após a indicação do Juiz Federal[[4]](#footnote-4).

Ao contrário do que afirma o Acórdão 2784/2016/TCU-Plenário, apenas alguns oficiais de justiça eram designados para a função de Executante de Mandados. Além disso, esta parcela não se dirigia ao exercício das atribuições efetivas do cargo, mas estabelecia encargos adicionais. A função de confiança Executante de Mandados apresentava os seguintes requisitos de validade:

1. Função estabelecida mediante normas reguladoras específicas, denominada, quantificada e destinada legalmente às Secretarias Federais no próprio Ato que as criava (ver Anexo I do Ato 641/87 e Anexos das Resoluções 18/91, 08/97, 10/97, 05/99, do TRF1), guardando proporcionalidade com a necessidade que visavam cumprir, não sendo, portanto, criada de forma indiscriminada(art. 5º da Lei Complementar nº 10/71). Era o interesse da administração dos Tribunais Federais em assegurar eficiência e eficácia administrativas que exigia a criação de determinado quantitativo de funções de confiança, obedecendo-se aos planos de orçamentos anuais que foram previamente aprovados;
2. Função com finalidade: era um acréscimo de atividades de caráter administrativo correlatas ao cargo de Oficial de Justiça Avaliador. Correspondeu, inicialmente, a uma espécie do gênero Funções de Representação de Gabinete (ver Anexo I do Ato 641/87 e art. 5º da Resolução n° 18/91, do TRF1), também denominadas Funções de Encargos de Gabinete (ver Resolução 10/89, do CJF). Posteriormente, com o advento da Lei 8.911/94 (que trouxe eficácia ao art. 62, da Lei 8.112/90 e definiu as funções de direção, chefia e assessoramento), foi equiparada, pela Resolução 128/94, do CJF, às funções de direção, chefia e assessoramento constantes no Anexo da Lei 8.911/94, no tocante à remuneração das funções de Representação de Gabinete e sua incorporação. Por fim, com a Lei 9.421/96, a função de Executante de Mandados (assim como as demais funções de confiança) passou a integrar o Quadro das Funções Comissionadas do Poder Judiciário da União (como Função Comissionada-FC-05), que compreendiam atividades de direção, chefia e assessoramento (ver artigo 9º da Lei 9.421/96);
3. Função exclusiva dos Oficiais de Justiça Avaliadores no efetivo exercício das atribuições inerentes e próprias do cargo (inc. V, art.3º, do Ato 641/87). Isso significa dizer que: só poderia exercer a função de Executante de Mandados o servidor ocupante do cargo de Oficial de Justiça Avaliador (ver o requisito exigido nas Resoluções números 18/91, 18/92, 08/97, 10/97, 05/99, do TRF1). Nesse sentido, o Oficial de Justiça Avaliador designado para o exercício da função de Executante de Mandados deveria cumprir as atribuições de seu cargo (função típica) e deveria também executaras atividades correlatas, acrescidas ao cargo (função atípica);
4. Função de livre designação e exoneração, não havendo direito subjetivo do Oficial de Justiça Avaliador à função comissionada. Para exercer a função de Executante de Mandados, o Oficia de Justiça Avaliador precisava ser designado, pelo Juiz-Diretor do Foro da respectiva Seção Judiciária, a exercer a função, após indicação do Juiz Federal a que estivesse subordinado (art.3º, do Ato 641/87, do CJF). O Juiz Federal só indicava o Oficial de Justiça Avaliador ao exercício da função após a criação de um vínculo de confiança. A indicação, a designação e a exoneração da função eram atos discricionários do Juiz Federal Titular da Vara e do Juiz-Diretor do Foro e não precisavam de motivação
5. Função que abrangia encargos estabelecidos no Ato 288/74, do CJF, e exigidos no art. 147 da Lei 1.711/52 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União). As atividades da função de Executante de Mandados não foram especificadas no Ato 641/87 e nem foram detalhadas nas Resoluções de números 18/91, 18/92, 08/97, 10/97, 05/99, do TRF1. Eram os Juízes Titulares das Varas que determinavam as atividades correlatas acrescidas ao cargo de Oficial de Justiça. Com a implantação das Centrais de Mandados, foram as portarias expedidas pelos Juízes-Diretores dos Foros que especificaram muitas atividades da função. A alusão de que a atividade da função de Executante de Mandados era “executar atividades inerentes e próprias do cargo de Oficial de Justiça Avaliador” está incompleta e não exprime a realidade dos fatos, vez que os Oficiais de Justiça Avaliadores designados a exercer a função de Executante de Mandados cumpriam as atribuições do cargo, executavam as atividades da função, estavam submetidos a regime integral de dedicação ao serviço (ver art.19, §1º, da Lei 8.112/90) e eram convocados a trabalhar nos plantões judiciários (plantões diários, semanais e durante o recesso judiciário)da Justiça Federal. Entretanto, o Manual de Atribuições do TRF1, de 2004 (em anexo), normatizou a matéria, apresentando e comprovando nas páginas 20 e 21 as atribuições e requisitos da função de Executante de Mandados.

Conclui-se, dessa forma, que a função de Executante de Mandados sempre denotou natureza jurídica de função de confiança, foi equiparada à função de direção, chefia e assessoramento pela Resolução 128/94, do CJF, e a partir da Lei 9.421/96 ficou integrada ao Quadro de Pessoal das Funções Comissionadas do Poder Judiciário, compreendendo funções de direção, chefia e assessoramento.

O mesmo ocorre com os servidores vinculados à **Justiça do Trabalho**, que também percebem quintos decorrentes de designação para função comissionada, conforme se verifica, por exemplo, da unidade técnica do TRT-18, em sua manifestação no Processo Administrativo nº 12235/2019:

(...) O entendimento do TCU se aplica, em tese, aos servidores deste Regional ocupantes do cargo de Oficial de Justiça, que **também eram remunerados com uma função pelo exercício das atribuições (*sic*) típicas do seu cargo efetivo, denominada função comissionada de Oficial Especializado, nível FC-4, posteriormente incorporadas na remuneração desses servidores por força da legislação de regência vigente à época**.

**Essa prática**, diga-se de passagem, **fora adotada na maioria dos Regionais** e perdurou até a edição da Lei 11.416/2006, que institui a Gratificação de Atividade Externa – GAE. (grifou-se)

Reforçando a natureza específica das designações para o exercício das funções comissionadas, convém referir o parecer exarado pelo Secretário de Auditoria e Controle Interno, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (Processo nº 0007560-84.2019.5.10.8000), o qual não deixa dúvidas de que as funções não possuíam caráter geral e dependiam de prévia designação. Veja-se:

No âmbito da Justiça do Trabalho, a impessoalidade e generalidade na designação para a ocupação de Funções Comissionadas pelos Oficiais de Justiça não eram uma realidade absoluta, **havendo, em muitos casos, a necessidade de expressa designação**. Nesse contexto, **não se pode afirmar categoricamente que havia o pagamento indistinto e a todos os oficiais de justiça** (...)

Logo, não prospera a afirmação de que na Justiça do Trabalho as funções comissionadas eram pagas indistintamente e tampouco que foram criadas para substituir a GAE. Tanto é assim que **as funções pagas não eram necessariamente de mesmo nível, posto que muitos Tribunais, em face de sua autonomia administrativa, destinaram à categoria o nível FC 05, outros o FC 04, e alguns, como é o caso deste Tribunal, o FC 03**. (grifou-se)

Como se vê, **a função comissionada não era devida automaticamente a todos seus ocupantes, sendo necessária a designação formal, inclusive havendo diferenciações de acordo com a realidade de cada tribunal, e considerando sua autônoma administrativa**. Tanto é que o Poder Judiciário também já se manifestou nesse sentido, afirmando que a gratificação de Executante de Mandados não é uma simples consequência da investidura no cargo de Oficial de Justiça, devendo haver a indicação da chefia[[5]](#footnote-5)-[[6]](#footnote-6).

O próprio TCU, em outro momento, no Processo TC 005.333/2012-1, se manifestou no sentido de que a Gratificação de Executante de Mandados não era devida a todos os Oficiais de Justiça:

APOSENTADORIAS. PAGAMENTO DE PARCELAS DE QUINTOS DA FUNÇÃO DE EXECUTANTE DE MANDADOS, SEM PORTARIA DE DESIGNAÇÃO PARA A OCUPAÇÃO DA REFERIDA FUNÇÃO DE CONFIANÇA. ILEGALIDADE. PEDIDO DE REEXAME. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA A ALTERAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de pedidos de reexame interpostos por Maria José Bezerra e Valdenice Alexandre da Silva contra o Acórdão 7.097/2014-TCU-2ª Câmara que considerou ilegais os respectivos atos de aposentadoria em razão da incorporação de quintos decorrentes da função de confiança de executante de mandatos sem as correspondentes portarias de designação para as ocupações das referidas funções;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento no 48 da Lei 8.443/1992, em:

9.1. conhecer dos presentes recursos, para, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo-se inalterado o acórdão recorrido;

9.2. dar ciência desta deliberação às recorrentes e ao órgão interessado.

(...)

4.5. As funções de confiança são vocacionadas para serem ocupadas em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-las, a qual também pode exonerar ad nutum os seus ocupantes.

4.6. É dizer: nas funções de confiança, em comparação com os cargos de provimento efetivo, existe um requisito adicional, um plus, para a sua ocupação: a fidúcia entre a autoridade competente para a nomeação e o seu ocupante.

4.7. **Assim, o argumento de que a função de confiança de “Execução de Mandados” é inerente ao cargo de provimento efetivo de “Analista Judiciário – Especialidade Execução de Mandados” não pode ser aceita.**

4.8. O entendimento supra é confirmado pela Portaria 553, de 27/11/2008, da Justiça Federal de Primeiro Grau, Seção Judiciária de Pernambuco (peça 43, p. 123), que assim dispôs:

DISPENSAR os servidores ocupantes dos cargos de Analista Judiciário da Área Judiciária com especialidade em execução de mandados, citados no anexo desta Portaria, das funções comissionadas de Executantes de Mandados (Código FC-05), das respectivas Varas, com efeito a partir de 1º de dezembro do ano em curso.

4.9. **De fato, se há Analistas Judiciários – Especialidade Execução de Mandados dispensados da função comissionada de Executantes de Mandados, é porque a referida função comissionada não é inerente ao aludido cargo efetivo.**

**4.10. Assim, para a ocupação da função de confiança de “Execução de Mandados”, é indispensável a publicação da correspondente portaria de nomeação, o que não ocorreu no caso das recorrentes**.

4.11. Nessa ordem de ideias, é de se negar provimento ao presente pedido de reexame. (...) (grifou-se)

(TC 005.333/2012-1. Relator Vital do Rêgo)

Dessa forma, mostra-se equivocado o entendimento do TCU no Acórdão nº 2784/2016 no sentido de que “a percepção da gratificação FC de executante de mandados se constituiria em um *bis in idem*, pois o cargo de oficial de justiça já é remunerado para executar mandados, por tratar-se de atribuição inerente ao cargo”.

Diversamente do aduzido pela Corte de Contas, portanto, a retribuição discutida guardava, sim, o necessário elemento da fidúcia, que **não lhe conferia o caráter geral e abstrato que pretende a decisão**, como já havia admitido antes, a fim de descaracterizar a função e, com isso, rever as incorporações realizadas há mais de vinte anos.

Cabe observar que, por força da Lei nº 8.868, de 1994, a Gratificação de Representação de Gabinete e as Funções Comissionadas foram substituídas pela Função Comissionada (FC-05), conforme dispõe o artigo 11[[7]](#footnote-7).

Com efeito, nem as Gratificações de Representação de Gabinete, nem as Funções Comissionadas compunham automática e irrestritamente a remuneração dos cargos efetivos de Oficial de Justiça, pelo contrário, dependiam de designação própria para ensejo à incorporação das parcelas. A incorporação da parcela somente ocorreria quando cumpridos os requisitos legais, previstos no então vigente artigo 62 da Lei nº 8.112, de 1990, na Lei nº 8.911, de 1994, e na Lei nº 9.421, de 1996, sendo que esta última estabelecia:

Art. 15. Aos servidores das carreiras judiciárias, ocupantes de Função Comissionada, **aplica-se a legislação geral de incorporação de parcela mensal da remuneração de cargo em comissão ou função de confiança.**

§ 1° A incorporação a que tenham direito os integrantes das carreiras judiciárias, pelo exercício de cargo em comissão ou função de confiança em outro órgão ou entidade da Administração Pública Federal direta, autárquica ou fundacional, terá por referência a Função Comissionada de valor igual ou imediatamente superior ao do cargo ou função exercida. (grifou-se)

Logo, é equivocada a conclusão a que chegou o Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 2784, de 2016, no sentido de que tanto a GRG quanto a FC-5, das quais se originaram as parcelas incorporadas pelos Oficiais, não possuíam natureza de função, por serem pagas a todos os ocupantes do cargo efetivo de Oficial de Justiça Avaliador Federal, e de que a designação não dependia da escolha da autoridade inerente aos ocupantes de função comissionada.

Assim, é possível demonstrar que, em realidade, a função desempenhada pelos servidores se enquadrava na hipótese legal, tendo ele preenchido os requisitos temporais necessários à incorporação (fato não controvertido), de modo que é devida a incorporação das parcelas. Veja-se que esta incorporação foi resultado de atos praticados **há mais de 5 anos**, estando incorporada ao patrimônio jurídico do servidor, inclusive com decadência para a Administração rever tal ato.

Sendo devida a incorporação, é inegável que a tentativa da Administração viola o disposto no artigo 3º da Lei 8.911, de 1994[[8]](#footnote-8); o disposto no artigo 62, § 2º, da Lei 8.112, de 1990, na redação vigente até 1997[[9]](#footnote-9); o disposto no art. 15 da Lei nº 9.421, de 1996[[10]](#footnote-10), disposições legais plenamente válidas, que embasaram a concessão dos quintos aos servidores. Viola, por conseguinte, o princípio da legalidade, inserto no art. 5º, II, e 37, *caput*, da Constituição Federal[[11]](#footnote-11), devendo ser garantido o pagamento de ambas as parcelas.

**2.2. Do direito à Gratificação de Atividade Externa: pagamento cumulativo**

A Lei nº 11.416, de 2006, criou a Gratificação de Atividade Externa – GAE, devida a todos os Oficiais de Justiça que estiverem no efetivo exercício de suas funções. Portanto, essa sim se constitui como uma parcela remuneratória própria do cargo efetivo de Analista Judiciário, especialidade Oficial de Justiça Avaliador Federal, vez que independe de qualquer designação e compõe a estrutura remuneratória do cargo efetivo:

Art. 16. Fica instituída a Gratificação de Atividade Externa – GAE, devida exclusivamente aos ocupantes do cargo de Analista Judiciário referidos no § 1º do art. 4º desta Lei.

§ 1º A gratificação de que trata este artigo corresponde a 35% (trinta e cinco por cento) do vencimento básico do servidor.

§ 2º É vedada a percepção da gratificação prevista neste artigo pelo servidor designado para o exercício de função comissionada ou nomeado para cargo em comissão.

Dessa forma, a Lei nº 11.416, de 2006, instituiu a Gratificação de Atividade Externa, de natureza *propter laborem*, como vantagem integrante da estrutura remuneratória do cargo de provimento efetivo de Oficial de Justiça Avaliador Federal, sem natureza de função comissionada, vez que independe de qualquer juízo de discricionariedade na sua concessão.

O simples exercício das atribuições do cargo, pelo servidor, faz surgir o direito subjetivo à percepção da vantagem, que inclusive deve também integrar seus futuros proventos de aposentadorias que devam ser calculados com base na totalidade da remuneração do cargo efetivo, até porque, dada a sua natureza remuneratória, a parcela integra a remuneração contributiva utilizada no cálculo dos proventos.

Desse modo, em razão da entrada em vigor da Lei nº 11.416, de 2006, em 15 de dezembro de 2007, os Oficiais de Justiça passaram a fazer jus à Gratificação de Atividade Externa, sendo esta implementada também na remuneração dos servidores que possuíam VPNI oriunda de quintos incorporados.

Deve-se observar que, em razão da imposição contida no § 3º do artigo 30 da mesma lei, foi concedida a possibilidade de que os servidores investidos em funções realizassem a opção pela continuidade do pagamento dessas, até que a Gratificação de Atividade Externa fosse integralizada, o que ocorreu em **dezembro de 2008**[[12]](#footnote-12).

Por conseguinte, os servidores recebem a GAE por um período superior há 5 anos, **de forma contínua e ininterrupta, cumulativamente com a VPNI**.

Tem-se, de igual modo, que a legislação em vigor desde a instituição da GAE, em nenhum momento vedou o pagamento cumulativo das vantagens, as quais, como já se viu, ostentam naturezas distintas, não se configurando o suposto *bis in idem* invocado na decisão da Corte de Contas.

Todavia, argumenta a Corte de Contas que, mesmo na hipótese de se tratar de parcelas de natureza distinta, haveria vedação legal ao pagamento cumulativo da Gratificação de Atividade Externa àqueles servidores que ocupassem função comissionada.

Tal entendimento não prospera. Isso porque o § 2º do artigo 16 veda apenas o pagamento da GAE para quem estiver “**no exercício**” de função comissionada, e a razão é bastante simples: se estiver no desempenho de função comissionada, não estará na atividade externa que suscita a GAE (caso de assessoria em gabinete, por exemplo). Em resumo, **a restrição se dirige apenas ao exercício** – **na atividade** – de FC ou CJ concomitante com a função de oficial de justiça, a partir da integralização da GAE.

Frente a isso, se quisesse o legislador restringir o direito à GAE nas hipóteses em que os servidores possuem parcelas de função incorporadas, deveria tê-lo feito expressamente, não sendo possível a interpretação extensiva da norma que restringe direito, mormente quando implique em alteração de situações constituídas há mais de 5 anos como ocorre no caso da GAE e da VPNI paga aos Oficiais.

É com base nesses argumentos que se defende que não há nenhum óbice legal à acumulação das parcelas, bem como ambas compõem legalmente a remuneração dos Oficiais de Justiça e, consequentemente, devem compor futuramente o cálculo dos seus proventos de aposentadoria, sempre que a regra constitucional aplicável determinar o cálculo com base na totalidade da remuneração.

É com esse entendimento, de que é possível a cumulação da GAE com a VPNI incorporada dos quintos, que a **Justiça Federal do Estado do Ceará** tem deferido os pedidos de alguns servidores para que a rubrica VPNI seja restabelecida nos proventos daqueles que a tiveram ilegalmente suprimida, já que a cumulação é possível tanto na atividade como nos proventos. Essas decisões ainda vêm sendo confirmadas pelas Turmas Recursais.

A título de exemplo, pode ser mencionada a sentença (transitada em julgado) proferida no processo 0520587-27.2018.4.05.8100S, onde foi considerado que a GAE possui vedação legal para percepção durante efetivo exercício de função comissionada ou cargo em comissão, enquanto a VPNI possui natureza derivada de função comissionada, mas como já foi incorporada antes da criação da GAE, não se configura como exercício de função comissionada e, devido a isso, é possível a cumulação das duas rubricas.

Antes, o **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, em acórdão que está prestes a transitar em julgado, reconheceu o direito dos servidores da Justiça Federal no Estado do Rio de Janeiro à cumulação das parcelas, cujo julgado segue parcialmente transcrito:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR CIVIL. GAE E VPNI. NATUREZAS DISTINTAS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO PROVIDO.

(...) Em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião da apreciação da Medida Cautelar no MS: 35193 DF, deferiu liminar, adotando posicionamento no sentido da possibilidade de cumulação das verbas em questão, VPNI e GAJ, tendo em vista os princípios da segurança jurídica, bem como o da legítima confiança. 4. Ademais, a condicionante imposta pelas autoridades coatoras aos servidores para o exercício do direito à aposentadoria representa uma medida contrária aos princípios norteadores do ordenamento jurídico, pois além de violar a segurança jurídica consubstanciada por anos de percepção de verbas supostamente de natureza idêntica, restringe o direito à aposentadoria desproporcionalmente, de forma arbitrária, tendo em vista a aplicabilidade do entendimento proferido pelo Acórdão 2.784/2016 do TCU, que não possui força vinculante, sem oportunizar o oferecimento do contraditório e da ampla defesa aos substituídos. 5. Há que se destacar que a lei instituidora da gratificação em comento, Lei 11.416/2006, não fez qualquer restrição em relação aos servidores que percebiam outras gratificações e, onde a lei não restringiu, não cabe ao intérprete do direito fazê-lo, principalmente para reduzir direitos. Logo, cabível a percepção conjunta da GAE com a VPNI, relativa à incorporação dos quintos. 6. Apelação provida, para determinar que as autoridades coatoras se eximam de exigir a opção por parte dos substituídos, reconhecendo-lhes o direito à cumulação da GAE com a VPNI, conforme pleiteado na inicial.

(Processo n° 0098714-30.2017.4.02.5101. 5ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. 29/05/2018)

No processo em questão, recentemente, o **Superior Tribunal de Justiça** negou provimento ao agravo da decisão que não admitiu o recurso especial interposto pela União, pois não houve impugnação da totalidade dos fundamentos da decisão, estando em vias de transitar em julgado o referido precedente.

Deve-se observar ainda que, no que se refere aos futuros proventos, conforme entendimento recente do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 593.068, há contribuição previdenciária apenas sobre as parcelas que se incorporam à aposentadoria e, como no caso concreto houve o desconto sobre ambas as parcelas, ambas devem ter repercussão sobre os proventos do servidor:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL**. REGIME PRÓPRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. **NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE PARCELAS NÃO INCORPORÁVEIS À APOSENTADORIA**. (...)

**3. Ademais, a dimensão contributiva do sistema é incompatível com a cobrança de contribuição previdenciária sem que se confira ao segurado qualquer benefício, efetivo ou potencial.**

4. Por fim, não é possível invocar o princípio da solidariedade para inovar no tocante à regra que estabelece a base econômica do tributo.

5. À luz das premissas estabelecidas, é fixada em repercussão geral 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***.” 6. Provimento parcial do recurso extraordinário, para determinar a restituição das parcelas não prescritas. (grifou-se)

Com efeito, se houve a incidência de contribuição previdenciária sobre ambas as parcelas, deve haver a incorporação aos proventos de aposentadoria, devido ao caráter contributivo do regime previdenciário. Bem por isso que, em seu voto, o relator destacou que a não incidência da contribuição previdenciária sobre verbas não incorporáveis aos proventos se dá devido ao caráter contributivo do sistema previdenciário, já que se faz necessária a contraprestação efetiva ou potencial:

(...) Assim, o caráter solidário do sistema afasta a existência de uma simetria perfeita entre contribuição e benefício (como em um sinalagma), enquanto a natureza contributiva **impede a cobrança de contribuição previdenciária sem que se confira ao segurado qualquer contraprestação, efetiva ou potencial** (grifou-se)

A propósito, no que tange à VPNI de quintos, o próprio TCU reconhece que essa, posteriormente, incorpora-se definitivamente ao patrimônio dos servidores, compondo, em razão disso, os proventos de aposentadoria, valores sobre os quais incidiu a devida contribuição, entendimento que também prepondera no STF e STJ[[13]](#footnote-13):

(...) 23. É que a aludida parcela de VPNI, **diferentemente das funções comissionadas (de natureza transitória, somente percebida durante o exercício da função), se incorpora definitivamente ao patrimônio do servidor, compondo, em razão disso, os proventos da sua aposentadoria ou da pensão por ele instituída, no caso de morte**. Portanto, sobre tal parcela é devida a contribuição previdenciária, quer na vigência das Emendas Constitucionais ns. 20/1998 e 41/2003, quer antes dessas Emendas Constitucionais. (...)

34. (...) Ou seja, o STF, a contrário senso, dispôs que, se a vantagem for incorporável ao vencimento para cálculo dos proventos da aposentadoria ou para instituição de pensão, como o é a vantagem denominada VPNI, a incidência da contribuição previdenciária é devida, sendo, pois, legítimo o seu desconto. (...)

(Processo 021.314/2007-1. Plenário do Tribunal de Contas da União, Acórdão 1.286/2008, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, j. 02/07/2008)

**A vantagem pessoal**, regularmente apostilada pelo exercício do cargo em comissão, **incorpora-se ao patrimônio do servidor, não podendo o percentual agregado ser suprimido sob pena de ofensa ao direito adquirido**

(Acórdão unânime da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 208.932-3-SC Relator: Ministro Maurício Corrêa, julgado em 21.08.2001) (grifou-se)

(...) 1 - **Consoante uníssona jurisprudência desta Corte Superior**, através de suas 5ª e 6ª Turmas, competentes para julgar o tema (cf. entre outros, ROMS nºs 12.122/DF, 12.138/DF, 11.676/DF, 11.172/RS; e REsp nºs 254.709/DF, 396.791/DF, 275.189/DF), **os chamados "quintos", uma vez incorporados, tornam-se vantagens pessoais, não podendo mais ser retirados do patrimônio de seus beneficiários. (...)**
**(STJ. 5ª Turma, RMS nº 13.299-DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 13-10-03, p. 378). (grifou-se)**

Dessa forma, o princípio da legalidade é violado, vez que a opção imposta fere o disposto no artigo 16 da Lei nº 11.416, de 2006, assim como o disposto no artigo 28 da mesma lei, e ainda o disposto no artigo 4º, do Anexo II, da Portaria Conjunta nº 1/2007, disposições que asseguram tanto o recebimento da GAE como a sua inclusão nos proventos de aposentadoria, sem qualquer restrição quanto ao recebimento cumulativo com a VPNI. A incorporação da GAE já foi assinalada na jurisprudência do TCU:

20. Esta unidade técnica mantém o entendimento exposto no Relatório de Auditoria, reafirmando que o servidor da carreira de Analista Judiciário, Área Judiciária – Execução de Mandados, designado para o exercício de função comissionada ou nomeado para cargo em comissão, deverá contribuir para o PSS também sobre o valor da GAE, mesmo estando impedido de recebê-la, por força do disposto no § 2º do art. 16 da Lei 11.416/2006. I**sso porque o valor da GAE integrará a remuneração contributiva para o cálculo dos proventos de aposentadoria do servidor por ocasião de sua concessão. Sendo assim, devem compor a base de cálculo do PSS todas as parcelas que integrarão o cálculo dos proventos de aposentadoria do servidor, inclusive a GAE, tanto para os servidores que têm direito à paridade quanto para aqueles que se aposentarão pela média.**

(Plenário do Tribunal de Contas da União Acórdão 2.880/2013 Relator: Ministro André Luís de Carvalho, julgado em 23.10.2013) (grifou-se)

Veja-se que, em processos de outros Tribunais Regionais do Trabalho, como o processo 0007560-84.2019.5.10.8000, em trâmite no TRT-10, o Secretário de Auditoria e Controle Interno, no Despacho SECOI 1243511, constatou que, apesar do posicionamento do TCU, seria possível fixar entendimento no sentido de que a cumulação seria regular:

(...) Em sua cota necessária, a Assessoria da DIGER acompanha a tese apresentada pela SEGEP de que **o TCU insiste em confundir Função Comissionada/Cargos em Comissão, parcelas cuja percepção é vedada cumulativamente com a GAE, com a VPNI/Quintos para a qual não há qualquer vedação legal de recebimento** pelos servidores ocupantes do cargo de Analista Judiciário, Área Judiciária, Especialidade Oficial de Justiça Avaliador Federal, seja na atividade ou mesmo na aposentadoria.

(...) Desta forma, emergem alguma possibilidades:

- Acatar o entendimento do TCU, autuando-se os processos e abrindo a possibilidade do exercício do devido processo legal;

- Promover a consulta ao CSTJ, nos termos propostos pela SEGEP; ou

- **Fixar o entendimento em âmbito interno pela regularidade dos procedimentos, nos termos dos pareceres que compõem os presentes autos**. (...) (grifou-se)

Com efeito, tais possibilidades foram fixadas após analisar o subsídio da Secretaria de Gestão de Pessoas, no Despacho SEGEP 1234334, que entendeu pela necessidade de se submeter a discussão ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho e consultar o Tribunal de Contas da União, **entendendo que a decisão desse tribunal foi equivocada e causará prejuízo aos servidores**[[14]](#footnote-14); e o subsídio da Assessora Especial da DIGER na Análise DIGER 1236652, que concluiu que **a decisão do Tribunal de Contas da União foi equivocada, contrariando as disposições legais sobre o tema e gerando um potencial lesivo aos servidores**[[15]](#footnote-15).

No mesmo sentido, pode-se mencionar o opinativo da área técnica do TRT-18, que, a despeito do entendimento do Tribunal de Contas da União, opina no sentido de ser legal a cumulação (Processo Administrativo nº 12235/2019):

(...)

Não obstante o entendimento do TCU, este Tribunal, com amparo em pareceres deste Núcleo de Legislação de Pessoal, tem mantido o pagamento cumulado da GAE com as VPNI's (quintos/décimos) decorrentes da incorporação das funções comissionadas de Oficial Especializado/FC-4 e de Executante de Mandados, níveis FC-3 e FC-5.

**A posição deste Núcleo leva em consideração os efeitos jurídicos produzidos pela passagem do tempo, conjugado com a boa-fé dos servidores, dentre os próprios princípios consagrados pelo direito administrativo, a exemplo da segurança jurídica**.

No âmbito deste Tribunal, **é incontroverso** o fato de que os atos administrativos que determinaram a incorporação das parcelas de quintos/décimos/VPNI’s decorrentes do exercício da função comissionada de Oficial Especializado/FC-4 foram praticados **há bem mais do que cinco anos** (...). (grifou-se)

Note-se que o opinativo do TRT-18 ressaltou que o direito de a Administração rever seus atos foi fulminado pela decadência.

Não fosse suficiente, pode-se mencionar, ainda, o parecer proferido no Protocolo Administrativo nº 3135/2019-DG, no âmbito do Tribunal Regional Trabalho da 15ª Região:

Consigna-se, de qualquer sorte, salvo juízo mais abalizado, que **as designações para o exercício de função comissionada aos Oficiais de Justiça neste Tribunal não tinham a natureza de gratificação, como sói afirmar o Tribunal de Contas da União, haja vista que, reforçando o quanto informado pela citada Coordenadoria “nem sempre estiveram à disposição imediata dos Juízos e necessariamente não se automatizavam com a entrada em exercício dos servidores**”. Além disso, “no acompanhamento da produtividade, seria perfeitamente possível à autoridade judicial destituir este ou aquele servidor do comissionamento”, haja vista que a sua atribuição privilegiava “a relação de estrita confiança entre os Juízos Trabalhistas e seus Oficiais, incrementando dentro da autonomia administrativa constitucionalmente prevista para o Poder Judiciário a ideia de “longa manus” para os magistrados e o caráter técnico das atribuições do oficialato”. Tudo isso só reforça o fato de que tal verba percebida pelos Oficiais de Justiça possuía realmente a natureza de função comissionada, haja vista ser sua designação de livre nomeação e exoneração pela autoridade competente. (grifou-se)

O **Tribunal Regional do trabalho da 4ª Região** também entendeu como descaracterizados os indícios e acolheu inteiramente o entendimento da área técnica e da Direção Geral, quando da análise do **PROAD nº 3717/2019**. Segundo o parecer da Diretoria-Geral:

Surpreende que o entendimento adotado no voto acolhido no Acórdão TCU nº 2784/2016 - Plenário, em especial nos seus tópicos 8 e 13, coloque em dúvida a legalidade da incorporação de quintos pelo exercício da função de Executante de Mandados FC-5, ao argumento de que o encargo tem natureza de gratificação, pois valoriza atribuições inerentes ao cargo efetivo ocupado por todos os servidores Oficiais de Justiça Avaliadores Federais. Isso porque não se tem notícia deque a incorporação de frações de quintos da função de Executante de Mandados pelos servidores que a exerceram tenha sido contestada ou julgada imprópria em algum momento pretérito pelo Tribunal de Contas da União, com fundamento na natureza das atribuições que foram por ela remuneradas, como mostra a informação complementar anexada às fls. 206-207. E não foram raros os atos concessórios de aposentadoria de Oficiais de Justiça Avaliadores submetidos e aprovados pelo TCU até o presente momento, cujos fundamentos legais incluíam VPNI derivada da função comissionada de Executante de Mandados"

Em sequência, ainda no PROAD nº 3717/2019, a Presidente do **TRT4** assim se manifestou:

A simples alteração de entendimento quanto à regularidade desta incorporação, no sentido defendido pelo TCU, implicaria ofensa a direitos do servidor público, tais como a segurança jurídica, o direito adquirido e, ainda que de forma transversa e diferida, a irredutibilidade salarial.

**Destaca-se, ainda, que não se trata de revisão de ato flagrantemente inconstitucional, a admitir a não submissão da Administração ao prazo decadencial de 05 anos previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/1999.**

(...)

Por fim, importa ressaltar que, com a adoção de entendimento diverso ao manifestado pela Corte de Contas, não se está questionando a vinculação dos procedimentos deste Regional em relação às decisões do órgão de controle externo. Compreende-se, contudo, que esta manifestação se encontra dentro da margem de discricionariedade deste Regional, sendo expressão do direito ao contraditório, a fim de buscar o diálogo entre as instituições envolvidas, na defesa conjunta da correta atuação da Administração Pública.

Por fim, a presidência do **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região** determinou que o registro dos indícios apontados pelo TCU seja sinalizado como não procedente, por entender que as irregularidades imputadas não se verificam:

Com base no exposto, **entendo não caracterizadas as irregularidades imputadas no sistema e-Pessoal do Tribunal de Contas da União – TCU aos 143 servidores deste Tribunal, ativos e inativos (relacionados às fls. 03-11), que percebem, cumulativamente, parcelas de Gratificação de Atividade Externa – GAE e de Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada – VPNI.**

Diante do exposto, **em resposta aos indícios apontados pelo TCU (fls. 03-11) e de acordo com o que consta no Manual do Módulo Indícios do “sistema ePessoal”, determino:**

**a) o registro no sistema e-Pessoal do enquadramento na opção nº 05 - “O indício não procede, pois a situação do servidor/pensionista está amparada por outras normas e/ou decisões”;**

A Corte de Contas devolveu os indícios, porém, diante da firme posição da presidência daquele Tribunal, o TCU - em manifestação de 24/08/2020 - instruiu o TRT4, para "então solicitamos que nos envie novamente os indícios que se encontram aguardando esclarecimento. Iremos colocá-los na aba ‘Tratado em Processo de Controle Externo’”, o que na prática equivale a sobrestar a apuração do indício até que haja a manifestação do Colegiado do TCU.

Portanto, a cumulação da Gratificação de Atividade Externa e Vantagem Pessoal Nominalmente Identificado é possível, sendo que até mesmo alguns tribunais já vêm questionando o entendimento que o Tribunal de Contas da União assumiu, por esse violar as disposições legais.

É o caso do Tribunal Regional Federal da 3ª Região no Processo SEI 0034117-87.2019.4.03.8000, em que a Diretora da Divisão de Folha de Pagamento, em exercício, prestou a Informação nº 5054608/2019 – DFOL, após provocação do Tribunal de Contas da União alegando irregularidades; e considerou que o Tribunal está em conformidade com o entendimento do Conselho da Justiça Federal, sendo que os servidores não recebem GAE cumulada com VPNI de cargo em comissão ou função comissionada, mas decorrente da incorporação dos quintos e, devido a isso, o sistema está regular, tanto para os servidores ativos como os inativos.

Nesse mesmo processo, o Supervisor da Seção de Inativos teve a mesma interpretação, conforme se infere do trecho destacado:

Ante o exposto, esclareço que nenhum servidor desta Seção Judiciária recebe rubricas de Função Comissionada ou Cargo em Comissão cumulativamente com a rubrica de Gratificação de Atividade Externa – GAE.

O apontamento que consta nos indícios não procede, visto que as rubricas pagas cumulativamente com a Gratificação de Atividade de Segurança – GAE **são de parcelas de frações de quintos transformados em VPNI e NÃO de exercício de Função Comissionada ou Cargo em Comissão.**

Ao analisar questão, a Diretoria da Divisão de Administração de Pessoal do **Tribunal Regional Federal da 4ª Região** destacou que o entendimento do TCU não se coaduna com o que é aplicado no âmbito daquela justiça e endossado pelo Conselho da Justiça Federal, conforme revelam os seguintes trechos do parecer:

(...)

Registra-se que o Conselho da Justiça Federal, ao apreciar o Processo n. 2015/00006, em Sessão de 15/10/2015, que tratava de consulta acerca da possibilidade de pagamento cumulativo da GAE com a opção da FC/CJ para servidores inativos, firmou entendimento de que a impossibilidade da percepção da GAE pelo servidor nomeado para cargo em comissão ou designado para função comissionada, vedação prevista no §2º do art. 16 da Lei 11.416/06, estende-se aos servidores aposentados; entendimento que é aplicado no âmbito da Justiça Federal de 1º e 2º graus (docs. 4796228 e 4796295), **todavia, em momento algum, o colegiado estabeleceu restrição quanto ao pagamento cumulativo da GAE com VPNI (quintos).** (grifou-se)

A Corte de Contas devolveu os indícios, porém, diante da firme posição da presidência daquele Tribunal, o TCU - em manifestação de 24/08/2020 - instruiu o TRT4, para "então solicitamos que nos envie novamente os indícios que se encontram aguardando esclarecimento. Iremos colocá-los na aba ‘Tratado em Processo de Controle Externo’”, o que na prática equivale a sobrestar a apuração do indício até que haja a manifestação do Colegiado do TCU.

Dessa forma, deve-se considerar que devido à natureza das parcelas, a incorporação de ambas é possível tanto durante a atividade quanto na inatividade, não havendo óbice à cumulação.

**2.3. Da inaplicabilidade do Acórdão nº 2784/2016: ausência de determinação de revisão de atos**

Cumpre, ainda, chamar a atenção desta Administração para o seguinte fato: mesmo quando da fixação do (errôneo) entendimento no Acórdão nº 2784/2016, o Tribunal de Contas da União se deteve à análise de **atos específicos de aposentadoria relacionados a determinados servidores**, não advindo do referido processo nenhuma ordem que pudesse automaticamente ser estendida aos outros servidores.

Vale dizer, embora tenha provocado os Tribunais Regionais a analisarem a suposta ilegalidade da percepção cumulada da VPNI decorrente de quintos com a GAE, embasado no mencionado acórdão, o Tribunal de Contas da União se equivoca ao partir do pressuposto de que a regra deva ser aplicada indistintamente.

Esta foi a conclusão a que se chegou no já mencionado parecer emitido em processo administrativo em trâmite no Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região:

(...) Cumpre esclarecer, ademais, que a jurisprudência do TCU, inaugurada com o mencionado Acórdão nº 2784/2016 – TCU – Plenário NÃO veda a incorporação de parcelas de quintos/décimos decorrentes do exercício de atividades não relacionadas às atribuições do cargo efetivo de Oficial de Justiça e, por conseguinte, sua acumulação com a GAE.

**Registro ainda que na mencionada decisão, proferida por ocasião da apreciação da legalidade de atos de aposentadoria, não foi determinada a revisão das incorporações dos servidores ativos** e tampouco dos inativos, **ficando circunscrita ao caso concreto, não obrigando, por conseguinte, os demais órgãos que estão sob sua fiscalização**. (grifou-se)

Em outros termos: o Acórdão nº 2784/2016, ainda que tenha apreciado a legalidade de atos de aposentadoria de alguns servidores, **não determinou a revisão das incorporações dos servidores ativos, tampouco dos inativos, “ficando circunscrita ao caso concreto, não obrigando, por conseguinte, os demais órgãos que estão sob sua fiscalização**”.

Levando-se tais aspectos em consideração e tendo em vista o poder de autotutela da Administração Pública, deve este Tribunal, no exercício desse poder, entender pela legalidade da cumulação dos benefícios em questão, atentando-se para o fato de que inexiste ordem expressa no acórdão tomado como paradigma para que seja imposto qualquer corte em desfavor dos servidores.

**2.4. Do direito adquirido e da decadência administrativa**

Ainda, saliente-se que há direito adquirido do recorrente aos quintos incorporados com base no artigo 62 da Lei nº 8.112, de 1990; no artigo 3º da Lei nº 8.911, de 1994; no artigo 15 da Lei nº 9.421, de 1996, e nos regulamentos correspondentes que, embora revogados, tiveram seus efeitos mantidos pela lei revogadora, a qual transformou as parcelas incorporadas em VPNI, sujeita exclusivamente à revisão geral de remuneração.

Nesse sentido, garante a Constituição da República:

Art. 5º (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

No âmbito legislativo ordinário, o direito adquirido encontra proteção no § 2º do artigo 6º da LINDB:

Art. 6º (...) § 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

O direito à Gratificação de Atividade Externa (GAE), por sua vez, encontra-se previsto no artigo 16 da Lei 11.416, de 2006, e constitui parcela remuneratória própria da estrutura do cargo de Oficial de Justiça Avaliador Federal.

No caso do recorrente, tanto os quintos incorporados, transformados em VPNI, quanto a GAE, são pagos, cumulativamente, há mais de 5 (cinco) anos, de forma contínua e ininterrupta. Logo, já transcorreu o prazo decadencial previsto no parágrafo primeiro do artigo 54 da Lei 9.784/99:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, **contados da data em que foram praticados**, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, **o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento**.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Assim, tendo em vista que a exclusão de parcela remuneratória (VPNI ou GAE) que se pretende implementar é posterior ao prazo decadencial estabelecido pelo artigo 54 da Lei 9.784, de 1999, não deve ser imposta qualquer necessidade de escolha entre uma ou outra parcela.

É assim porque a referida Lei estabelece, de modo expresso, que o prazo decadencial tem seu início a partir do momento em que o direito for implementado, redação a qual a jurisprudência tem dado amplo acolhimento, como se vê nas ementas abaixo:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO. IRREGULARIDADE APURADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. REVISÃO DO ATO. PRAZO DECADENCIAL. ART. 54 DA LEI N. 9.784/99. TERMO INICIAL. 1. A aposentadoria de servidor público não é ato complexo, pois não se conjugam as vontades da Administração e do Tribunal de Contas para concede-la. São atos distintos e praticados no manejo de competências igualmente diversas, na medida em que a primeira concede e o segundo controla sua legalidade. 2. **O art. 54 da Lei n. 9.784/99 vem a consolidar o princípio da segurança jurídica dentro do processo administrativo, tendo por precípua finalidade a obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade e previsibilidade dos atos**. 3. Não é viável a afirmativa de que o termo inicial para a incidência do art. 54 da Lei n. 9.784/99 é a conclusão do ato de aposentadoria, após a manifestação dos Tribunal de Contas, pois o período que permeia a primeira concessão pela Administração e a conclusão do controle de legalidade deve observar os princípios constitucionais da Eficiência e da Proteção da Confiança Legítima, bem como a garantia de duração razoável do processo. 4. Recurso especial improvido. (REsp 1047524/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 03/08/2009)

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - FUNCIONÁRIOS DA CONAB - ANISTIA - REVISÃO DOS ATOS - IMPOSSIBILIDADE - PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA – § 1º, DO ART. 54, DA LEI 9.784/99 - SEGURANÇA CONCEDIDA. 1 – Pode a Administração utilizar de seu poder de autotutela, que possibilita a esta anular ou revogar seus próprios atos, quando eivados de nulidades. Entretanto, deve-se preservar a estabilidade das relações jurídicas firmadas, respeitando-se o direito adquirido e incorporado ao patrimônio material e moral do particular. Na esteira de culta doutrina e consoante o art. 54, parág. 1º, da Lei nº 9.784/99, **o prazo decadencial para anulação dos atos administrativos é de 05 (cinco) anos da percepção do primeiro pagamento**. No mesmo sentido, precedentes desta Corte (MS nºs 7.455/DF, Rel. Ministro VICENTE LEAL, DJU de 18.03.2002 e 6.566/DF, Rel. p/acórdão Ministro PEÇANHA MARTINS, DJU de 15.05.2000). 2 – No caso sub judice, tendo sido os impetrantes anistiados e readmitidos pela Portaria nº 237, de 21.12.1994, publicada em 23.12.1994, decorridos, portanto, mais de cinco anos entre a sua edição e a data da impetração, em 12.03.2001, não pode a Administração Pública revisar tal ato em razão da prescritibilidade dos atos administrativos. 3 – Segurança concedida para afastar eventual desconstituição do atos de anistia em benefício dos impetrantes, determinando suas manutenções no serviço público federal. Custas ex lege. Honorários advocatícios incabíveis, nos termos das Súmulas 512/STF e 105/STJ. (STJ, Terceira Seção, MS 7436, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 17/02/2003)

O Supremo Tribunal Federal também se posiciona pela manutenção dos atos administrativos quando decorridos cinco anos da produção de seus efeitos, em razão do artigo 54 da Lei 9.784, de 1999:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ANULAÇÃO DE ASCENSÕES FUNCIONAIS CONCEDIDAS AOS EMPREGADOS DA ECT. DECADÊNCIA DO DIREITO DE REVER A LEGALIDADE DAS ASCENSÕES. NECESSIDADE DE AS PARTES ATINGIDAS PELO ATO COATOR INTEGRAREM A LIDE. 1. Decadência do direito de a Administração Pública rever a legalidade dos atos de ascensão funcional dos empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, praticados entre 1993 e 1995 (Art. 54 da Lei n. 9.784/1999). 2. Direito ao contraditório e à ampla defesa a ser garantido aos beneficiários de atos administrativos inerentes à sua condição funcional para a validade de decisões do Tribunal de Contas da União que importem em sua anulação ou revogação. Súmula Vinculante n. 3.Precedentes. 3. Mandado de segurança concedido. (MS 26393, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2009, DJe-030)

Dessa forma, houve a decadência do direito da administração de anular a incorporação dos quintos que tenham origem na GRG ou FC-5, assim também do direito de anular a implementação da GAE, e o pagamento cumulativo das duas vantagens, sempre que o primeiro pagamento cumulativo tenha se verificado há mais de cinco anos.

No mesmo sentido decidiu o **Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região**, que, nos autos do Processo TRT MA-46/2020, reconheceu que a verba já foi incorporada definitivamente no patrimônio jurídico dos servidores, vez que alcançada pelo instituto da **decadência**:

REVISÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. PODER DE AUTOTUTELA. Que dando-se inerte, a DA ADMINISTRAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL administração pública, por mais de uma década quanto ao pagamento de parcelas de natureza alimentar ao administrado, fez com que a verba se tornasse incorporada de forma definitiva ao seu patrimônio, porque recebida de boa-fé pelo servidor, estabilizando-se a relação jurídico-administrativa. Nesse contexto, impositivo é reconhecer-se a decadência do direito da Administração em rever os efeitos da má interpretação do ato administrativo por ele proferido, prevalecendo, no caso, a segurança jurídica em detrimento da legalidade da atuação administrativa. Recurso provido.

O mesmo ocorreu no **Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região**:

REFERÊNCIA: PA 0000190-21.2020.5.17.0500

1.Acolho as manifestações do SEDIV e da Assessoria Jurídica e reconheço a decadência do direito da Administração de invalidar os atos de incorporação dos quintos/décimos da função comissionada FC Executante de Mandados na remuneração da servidora Deise Mara da Cunha, com fulcro no art. 54da Lei n. 9.784/99.

2.À SGP, para ciência da servidora interessada.

3.À Divisão de Controle Interno, para providenciar a ciência ao TCU, por meio do sistema e-pessoal, remetendo cópia do processo administrativo individual.

Em virtude da decadência administrativa e da continuidade do pagamento, também advém o dever de manutenção do *status quo ante*, consoante o qual deve ser mantida a percepção do pagamento da VPNI oriunda de quintos incorporados, cumulativamente com a GAE, ambas incorporadas à remuneração dos servidores.

**2.5. Da irredutibilidade**

O inciso XV do artigo 37 da Constituição da República dispõe sobre o direito de irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...) XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

Esse direito de não redução da remuneração se estende a todos os servidores públicos e os protege de leis e atos normativos que eventualmente o violem. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que o termo “vencimentos” tem abrangência ampla, no sentido de corresponder à remuneração global, permitindo a extensão, inclusive, da garantia aos cargos em comissão, funções comissionadas, gratificações e demais parcelas remuneratórias, conforme se constata na decisão do RE nº 518.956:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. EXERCÍCIO DE CARGO DE DIREÇÃO. REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE OPÇÃO. OFENSA À IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. SÚMULA 279/STF. 1. A decisão agravada alinha-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a irredutibilidade de vencimento dos servidores, prevista no art. 37, XV, da Constituição Federal se aplica também às funções de confiança e cargos em comissão exercidos por servidores efetivos. Precedentes. 2. Para dissentir do entendimento do Tribunal de origem, acerca da ocorrência de decesso remuneratório, seria necessário o reexame dos fatos e provas constantes dos autos. Incidência da Súmula 279/STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 518956 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 06/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-216 DIVULG 27-10-2015 PUBLIC 28-10-2015)

Assim, os servidores possuem a garantia de que seus vencimentos não sofrerão redução. Soma-se a isso o fato de já possuir a gratificação por mais de 5 anos incorporada, fazendo com que a repercussão também nos proventos seja uma decorrência legal, conforme o § 11 do artigo 201, combinado com o § 12 do artigo 40, ambos da Constituição[[16]](#footnote-16).

Dessa forma, os servidores possuem o direito do recebimento cumulativo das duas parcelas e o contrário fere diversos princípios e direitos constitucionais como o direito adquirido, a coisa julgada, a decadência, a irredutibilidade de vencimentos e, devido a isso, é que a cumulação das parcelas não pode ser negada aos servidores.

**2.6. Da parcela compensatória: absorção por reajustes futuros e Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**

Ainda que não se reconheça a legalidade da cumulação da GAE com a VPNI de quintos, deve ser levada em consideração a **parcela compensatória por somente por reajustes futuros** instituídacomo modo de procedimento do próprio Tribunal de Contas da União, para privilegiar a boa-fé dos servidores que a recebem, conforme restou decidido no Acórdão nº 2988/2018, conforme se depreende dos seguintes trechos:

132. **Em respeito ao princípio da segurança jurídica, proponho que seja assegurado aos servidores que já tiveram seu ato de aposentadoria registrado e cujos proventos são calculados com base na remuneração dos servidores ativos (regra da paridade) a manutenção do pagamento da “opção” sob a forma de vantagem pessoal, a ser absorvida pelos futuros aumentos remuneratórios da categoria e sem prejuízo do pagamento da vantagem prevista no art. 62-A da Lei 8.112/90**. (...) 3. Diante disso, em seu voto revisor, o ministro Benjamin Zymler ponderou pela necessidade de modular as perdas, de modo que a extinção de uma das vantagens acumuladas se dê de forma progressiva, a ser equacionada pelos próximos aumentos salariais da carreira dos servidores do TCU, por meio de rubrica pessoal temporária para aqueles que já tiveram os atos de aposentadoria registrados, nos termos da Lei 8.443/1992: referida rubrica reduzirá seu valor a cada vez que o cargo efetivo for beneficiado por aumentos.(...) 29. Com a modulação proposta, evita-se que os servidores, que vêm recebendo os valores da “opção” de boa-fé venham a sofrer uma redução imediata de seus estipêndios, mas não perpetua a irregularidade dos pagamentos. **Uma vez que existe uma relação de trato sucessivo, as alterações futuras da estrutura remuneratória deverão absorver o pagamento da parcela considerada irregular**. 30. Assim, a modulação proposta busca evitar um impacto imediato nos proventos dos servidores, sem, contudo, perpetuar a ilegalidade que vem sendo cometida, em perfeita consonância com a LINDB e o Decreto-lei 200/1967” (Plenário do Tribunal de Contas da União Acórdão 2.988/2018 Relator: Ministro Benjamin Zymler, julgado em 12.12.2018)

O referido processo tratou da situação de servidores inativos do próprio TCU, tendo a Corte de Contas decidido pela manutenção do pagamento da VPNI de quintos, sendo a parcela relativa à função comissionada nos termos do artigo 193 da Lei nº 8.112/1990 **absorvida pelos reajustes remuneratórios futuros**.

Como se verifica do mencionado acórdão, o Tribunal de Contas da União, no que se refere a servidores do seu quadro de pessoal, observou a segurança jurídica e **somente determinou absorção da parcela pelos reajustes vindouros**, como não poderia deixar de ser, já que há impropriedade na pretensão de retroagir entendimento para haver compensação com reajustes pretéritos.

Contudo, no que tange aos Oficiais de Justiça Avaliadores Federais, o entendimento é diverso e mais gravoso, tendo a Corte orientado os tribunais regionais a implementarem a absorção de forma retroativa, conforme sugere o novo procedimento de apuração:

(...) d.3 Então, para se respeitar o princípio da irredutibilidade salarial, a rubrica em análise deve ser convertida em parcela compensatória passível de atualização pelos índices gerais de reajuste aplicáveis às remunerações dos servidores públicos, **a ser absorvida por ocasião**: do desenvolvimento no cargo ou na carreira por progressão ou promoção, ordinária ou extraordinária; da reorganização ou da reestruturação dos cargos e da carreira ou das remunerações; da concessão de reajuste ou vantagem de qualquer natureza. d.4 **A compensação deve retroagir aos últimos 5 anos, em observância à decadência administrativa. Eventuais aumentos salariais ocorridos nesse período devem promover a correspondente redução das referidas parcelas irregulares, até a sua completa extinção**. (grifou-se)

Ora, ao criar esse novo entendimento da parcela compensatória, o TCU determinou que a compensação deve retroagir 5 (cinco) anos abarcando os reajustes anteriores, violando, além da isonomia com os demais servidores (já que para o seu quadro de pessoal a compensação é futura), o artigo 24 da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro – LINDB, **pois não é possível a aplicação de revisão controladora em que se considera ilegal situação plenamente constituída**:

Art. 24. **A revisão, nas esferas administrativa, controladora** ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, **sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.** (grifou-se)

Também é violado o artigo 23 da referida norma, pois o corte abrupto aplica nova interpretação sem prever qualquer regime de transição ou proteger aqueles que já haviam preenchido os requisitos para percepção das parcelas:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Dessa forma, não pode o Tribunal de Contas da União instituir uma nova maneira de proceder que retroage 5 anos e altera situações válidas plenamente constituídas em que os servidores possuíam a boa-fé no recebimento das rubricas alimentares, bem como dos reajustes e outras parcelas que erroneamente serão compensados retroativamente.

A impossibilidade de os efeitos retroagirem também vai ao encontro do recente julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 638.115, no qual o Supremo entendeu ser indevida a cessação imediata do pagamento de quintos, garantindo a modulação a fim de que a parcela seja mantida até a absorção por reajustes futuros:

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. (grifou-se)

Conforme vê, o entendimento é de que asdecisões judiciais transitadas em julgado antes da publicação do acórdão do RE 638.115 devem manter-se incólumes.O acórdão, inclusive, admitiu a modulação dos efeitos da decisão para aqueles que continuam recebendo os quintos em razão de decisão administrativa, a fim de que tenham o pagamento mantido **até a sua absorção integral por quaisquer reajustes futuros concedidos.**

**Tal posicionamento foi reafirmado quando do julgamento do agravo regimental em mandado de segurança n° 36869 (relator Ministro Fux)**, em que o STF determinou que o TCU reanalisasse pleitos que versavam sobre a matéria, observando o entendimento firmado, em situações que envolve – especificamente – o Acórdão 2784/2016/TCU-Plenário (VPNI de quintos de OJAF com GAE). Assim ficou ementado o acórdão de agravo regimental no MS 36869:

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. NEGATIVA DE REGISTRO A ATO DE CONCESSÃO INICIAL DE APOSENTADORIA. [...] MODULAÇÃO DE EFEITOS SUPERVENIENTE. NECESSIDADE DE PARCIAL REPARAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. DEFERÊNCIA. CAPACIDADES INSTITUCIONAIS. ATRIBUIÇÕES TÉCNICAS CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDAS À CORTE DE CONTAS. ART. 71 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. [...] 7. Em verdade, in casu, há somente UM ponto na argumentação do agravante, trazida supervenientemente já em sede memorial, que demanda o reparo de minha decisão monocrática anterior. 8. O Plenário deste Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 638.115 (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 3/8/2015), decidiu, em sede repercussão geral, pela inconstitucionalidade da incorporação de quintos decorrentes do exercício de funções comissionadas no período compreendido entre a edição da Lei 9.624/1998 e a edição da Medida Provisória 2.225-48/2001. 9. Ocorre que, supervenientemente, houve a modulação dos efeitos da decisão anteriormente proferida no Recurso Extraordinário n. 638.115, em sede de repercussão geral (RE 638.115-ED-ED, Min. Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe em 31/1/2020). 10. Consectariamente, o Pleno deste Supremo Tribunal Federal proferiu três importantes entendimentos. Em primeiro lugar, “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”. Em segundo lugar, quanto “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.” Por fim, em terceiro lugar, “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”. 11. Deveras, a prudência democrática e o entendimento desta Corte apontam para a presunção da melhor capacidade institucional e habilitação técnica do Tribunal de Contas da União para analisar as particularidades do caso concreto da agravante, podendo o órgão deliberar com maior vagar sobre eventuais outras questões fático-probatórias. 12. De fato, o enfrentamento de questões afetas à Corte de Contas firmam-se em critério técnico por parte do órgão de controle e deve produzir presunção de razoabilidade quanto aos meios adotados. É que além de suas decisões serem amparadas em juízo de expertise sobre o tema, o Tribunal de Contas é o órgão constitucionalmente habilitado para apreciar, sob fins de registro, a legalidade dos atos de concessão de aposentadoria, reforma e pensão (art. 71, III, da Constituição Federal). 13. Nesse sentido, há maior razoabilidade em delegar ao próprio órgão que reavalie a decisão, porém em estrita observância às novas balizas desta Suprema Corte. 14. Agravo regimental a que se dá PARCIAL PROVIMENTO, apenas para que o Tribunal de Contas da União, nos autos do processo de Tomada de Contas (TC) nº 026.294/2016-8, analise novamente o pleito da agravante observando a nova orientação proferida pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal (RE 638.115-ED-ED, Min. Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe em 31/1/2020).

(**MS 36869 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Julgamento: 22/05/2020, Publicação: 18/06/2020, Órgão julgador: Primeira PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 17-06-2020 PUBLIC 18-06-2020**)

Inconformada, a União opôs **embargos de declaração** ao referido acórdão de agravo no **MS 36869**, cujo julgamento pelo desprovimento ocorreu em outubro de 2020, agora sob a relatoria do **Ministro Dias Toffoli**, confirmando a aplicação analógica da modulação do RE 638115 ao caso, entendendo que não pode haver corte remuneratório ou compensação retroativa, como pretende o TCU. Assim ficou consignado o voto do Ministro Toffoli, acompanhado à **unanimidade** pela Primeira Turma do STF:

“Restou, então, expresso o fundamento quanto à possibilidade, de aplicação, ao caso, de precedente desta Suprema Corte, apreciado sob a sistemática da repercussão geral. Bem por isso, foi proferida ordem, no sentido de que o TCU reaprecie a questão, segundo os termos desse paradigma, então indicado, bem como da modulação que se seguiu, o que em absoluto constitui contradição com os termos daquela decisão, podendo a embargante, futuramente, insurgir-se contra a nova decisão a ser proferida pela Corte de Contas, se discordar de seus termos. As demais alegações da embargante, relacionadas à inaplicabilidade da Repercussão Geral (RE 638-115-RG) ao caso dos autos não merecem acolhida, tendo em vista a possibilidade de identificação, do presente caso, com uma das três hipóteses de entendimento consolidadas naquele RE, quando do julgamento dos embargos de declaração e consequente modulação de seus efeitos, conforme a seguinte citação de trecho do acórdão: ‘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’”

(**MS 36869 AgR-ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Ata de Julgamento Publicada, DJE ATA Nº 31, de 20/10/2020. DJE nº 257, divulgado em 23/10/2020,** Decisão: A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Relator. Primeira Turma, Sessão Virtual de 9.10.2020 a 19.10.2020)

O voto do Ministro Toffoli no MS 36869 foi seguido pelos Ministros **Marco Aurélio**, **Rosa Weber**, **Alexandre de Moraes** e **Luís Roberto Barroso**. Em resumo, mesmo que se considere a possiblidade de suspensão de pagamento da VPNI, a solução é diversa daquela supostamente sustentada pelo TCU. Para tanto, basta verificar adequadamente o precedente invocado (MS 36869), o primeiro que trata da questão de fundo dos oficiais de justiça de maneira detalhada, aplicando - por analogia - a modulação do RE 638115.

Se não fosse suficiente, outras decisões recentes do **STF** evoluíram na interpretação de situações análogas, determinando a manutenção da VPNI na folha de pagamento, como **parcela compensatória, a ser absorvida por reajustes futuros**. Nesse sentido, foram os julgamentos do **MS 36744** e do **MS 31244,** vejamos as ementas:

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS PELO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO COMISSIONADA ENTRE A EDIÇÃO DA LEI 9.624/1998 E A MEDIDA PROVISÓRIA 2.225-48/2001. ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO IMEDIATA DOS ENTENDIMENTOS FIRMADOS PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL, INDEPENDENTEMENTE DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PARADIGMA. RE 638115. MODULAÇÃO DE EFEITOS SUPERVENIENTE. NECESSIDADE DE PARCIAL REPARAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. DEFERÊNCIA. CAPACIDADES INSTITUCIONAIS. ATRIBUIÇÕES TÉCNICAS CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDAS À CORTE DE CONTAS. ART. 71 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. [...] 4. Ocorre que, supervenientemente, houve a modulação dos efeitos da decisão anteriormente proferida no Recurso Extraordinário n. 638.115, em sede de repercussão geral (RE 638.115-ED-ED, Min. Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe em 31/1/2020). 5. Consectariamente, o Pleno deste Supremo Tribunal Federal proferiu três importantes entendimentos. Em primeiro lugar, “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”. Em segundo lugar, quanto “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.” Por fim, em terceiro lugar, “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”. 6. Deveras, a prudência democrática e o entendimento desta Corte apontam para a presunção da melhor capacidade institucional e habilitação técnica do Tribunal de Contas da União para analisar as particularidades do caso concreto da agravante, podendo o órgão deliberar com maior vagar sobre eventuais outras questões fático-probatórias. 7. De fato, o enfrentamento de questões afetas à Corte de Contas firmam-se em critério técnico por parte do órgão de controle e deve produzir presunção de razoabilidade quanto aos meios adotados. É que além de suas decisões serem amparadas em juízo de expertise sobre o tema, o Tribunal de Contas é o órgão constitucionalmente habilitado para apreciar, sob fins de registro, a legalidade dos atos de concessão de aposentadoria, reforma e pensão (art. 71, III, da Constituição Federal). 8. Nesse sentido, há maior razoabilidade em delegar ao próprio órgão que reavalie a decisão, porém em estrita observância às novas balizas desta Suprema Corte. 9. Agravo regimental a que se dá PARCIAL PROVIMENTO, apenas para que o Tribunal de Contas da União, nos autos do processo de Tomada de Contas 034.306/2011-0, analise novamente o pleito da agravante observando a nova orientação proferida pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal (RE 638.115-ED-ED, Min. Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe em 31/1/2020).

**(MS 36744 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 17-06-2020 PUBLIC 18-06-2020)[[17]](#footnote-17)**

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ATIVIDADE FISCALIZADORA. INSPEÇÃO. [...] CUMULAÇÃO DE VALOR INTEGRAL DE FUNÇÃO COMISSIONADA OU CARGO EM COMISSÃO COM REMUNERAÇÃO DE CARGO EFETIVO. VANTAGEM CONCEDIDA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PERCENTUAL DE 10,87% (IPCr). DECORRÊNCIA DO CUMPRIMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS. SEGURANÇA CONCEDIDA PARCIALMENTE. RE 638115. MODULAÇÃO DE EFEITOS SUPERVENIENTE. NECESSIDADE DE PARCIAL REPARAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. NOVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. DEFERÊNCIA. CAPACIDADES INSTITUCIONAIS. ATRIBUIÇÕES TÉCNICAS CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDAS À CORTE DE CONTAS. ART. 71 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO[...] 5. O Plenário deste Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 638.115 (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 3/8/2015), decidiu, em sede repercussão geral, pela inconstitucionalidade da incorporação de quintos decorrentes do exercício de funções comissionadas no período compreendido entre a edição da Lei 9.624/1998 e a edição da Medida Provisória 2.225-48/2001. Ocorre que, supervenientemente, houve a modulação dos efeitos da decisão anteriormente proferida no Recurso Extraordinário n. 638.115, em sede de repercussão geral (RE 638.115-ED-ED, Min. Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe em 31/1/2020). 6. Consectariamente, o Pleno deste Supremo Tribunal Federal proferiu três importantes entendimentos. Em primeiro lugar, 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. Em segundo lugar, quanto 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. Por fim, em terceiro lugar, 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. 7. Deveras, a prudência democrática e o entendimento desta Corte apontam para a presunção da melhor capacidade institucional e habilitação técnica do Tribunal de Contas da União para analisar as particularidades do caso concreto da agravante, podendo o órgão deliberar com maior vagar e expertise sobre eventuais outras questões fático-probatórias. É que além de suas decisões serem amparadas em juízo de expertise sobre o tema, o Tribunal de Contas é o órgão constitucionalmente habilitado para assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade (art. 71, IX, da Constituição Federal). 8. Nesse sentido, há maior razoabilidade em delegar ao próprio órgão que reavalie a decisão, porém em estrita observância às novas balizas desta Suprema Corte. 9. Agravo regimental a que se dá PARCIAL PROVIMENTO unicamente para que o Tribunal de Contas da União, nos autos do processo de Tomada de Contas (TC) 026.294/2016-8, analise novamente o pleito do agravante: (i) no que diz respeito aos quintos e décimos/VPNI, observando a nova orientação proferida pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal, no bojo do RE n. 638.115 (RE 638.115-ED-ED, Min. Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe em 31/1/2020); (ii) no que concerne às parcelas do IPCr, mantida sua correta determinação de ilegalidade pelo TCU, porém sem determinar a devolução das quantias recebidas a maior pelos substituídos do sindicato impetrante, pois revestidas de boa-fé e fruto de erro da própria Administração do TJDFT.

(**MS 31244 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 17-06-2020 PUBLIC 18-06-2020**)

Com tais decisões, confirma-se o desacerto do que pretende o TCU neste caso de VPNI + GAE, pois, mesmo que se reconheça essa possibilidade, em nome do princípio da eventualidade processual, a solução é a transformação em parcela compensatória a ser absorvida por reajustes **futuros**, a partir da decisão definitiva que envolva, mediante notificação individual, o servidor prejudicado. Logo, não há de se cogitar o corte ou a retroatividade compensatória, como pretende o TCU.

Nesse sentido, também o **Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região**, em recentíssima decisão, em que pese o equívoco por não ter entendido pela legalidade da cumulação das parcelas, determinou **a manutenção do pagamento destas até a absorção futura pelos reajustes, inadmitindo a “absorção retroativa”**:

Por tais motivos, considero, até mesmo com motivação isonômica, considero aplicável ao caso a modulação de efeitos concretizada pelo Supremo Tribunal Federal na decisão proferida no RE 638.115-ED-ED, no sentido de 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".**

Destarte, por considerar aplicável ao caso a modulação de efeitos realizada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal **CONCEDO** a segurança para, ao revés da abrupta interrupção do pagamento da parcela incorporada, seja ela absorvida pelos futuros reajustes salariais concedidos aos servidores do Poder Judiciário em geral.

Processo nº 0024015-44.2020.5.24.0000 - MSCol. 09/07/2020.

Percebe-se, pois, que os Tribunais, acertadamente, têm aplicado o instituto da decadência previsto na legislação, resguardando o direito de seus servidores.

Nesse cenário, tem-se que a pretensão de fazer retroagir a absorção com reajustes pretéritos, além de estar em completo desacordo com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e com o entendimento do STF e do próprio TCU em caso semelhante, viola a segurança jurídica e as disposições da Lei nº 9.784, de 1999.

Como expressão fundamental do Estado Democrático de Direito, é necessário que se observe o princípio da segurança jurídica, envolvendo a proteção da boa-fé e a confiança dos administrados nos atos da Administração. Devido a isso é que deve ser mantido o direito ao pagamento das parcelas incorporadas e percebidas de boa-fé durante período superior a cinco anos, ou, ao menos, garantida a compensação por reajustes futuros, e não pretéritos.

Além de princípio constitucional, a segurança jurídica constou do artigo 2º da Lei 9.784/99:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência.

Conforme Canotilho[[18]](#footnote-18), os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, como elementos constitutivos do Estado de Direito, são indispensáveis à estabilidade das relações sociais e à realização do próprio Direito. Para o jurista lusitano, a segurança jurídica e a proteção da confiança – que reunidos formam o princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo – são postulados de observância obrigatória perante os atos do Poder Público.

Isso porque tais atos devem conter “fiabilidade, racionalidade e transparência”, de forma que em relação a eles “o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos de seus próprios atos”[[19]](#footnote-19).

Reitera-se que a incorporação de quintos e a implementação da GAE ocorreram há mais de 5 anos e que, desde então, as parcelas são recebidas de forma cumulativa. Ou seja, há mais de cinco anos os servidores recebem a GAE cumulada com a VPNI oriunda dos quintos incorporados.

Ademais, os atos administrativos são dotados da presunção de legalidade e legitimidade, diante do que a partir da percepção das vantagens, cria-se a fiel expectativa de que a parcela percebida de boa-fé está incorporada na sua totalidade ao patrimônio jurídico dos Oficiais de Justiça, conforme evidencia o normativo brasileiro.

Entretanto, a Administração viola o princípio da segurança jurídica das relações ao pretender desconstituir situação que perdura há mais de cinco anos, suprimindo parcelas incorporadas à remuneração do servidor. Também macula o mencionado princípio caso se aplique a compensação utilizando-se de reajustes pretéritos, o que é vedado pela legislação.

Também, para além do que já foi considerado, essas parcelas alimentares que vêm sendo percebidas e consumidas de boa-fé não podem ser suprimidas também sob pena de se violar a proibição de aplicação retroativa de novo entendimento administrativo, uma vez que, mesmo sedimentado o reconhecimento administrativo do direito, **a Administração pretende aplicar seu novo posicionamento para modificar situação consolidada**, consoante o comando do inciso XIII do parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 9.784, de 1999[[20]](#footnote-20), que reza:

Art. 2º. (...) Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII- interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada a aplicação retroativa de nova interpretação**. (grifou-se)

Logo, a possibilidade de supressão de GAE ou da VPNI, concedidas com base na legislação regente e há mais de cinco anos, não se coaduna com a garantia da segurança jurídica, extraída do inciso XXXVI artigo 5º da Constituição e expressa no artigo 2º da Lei nº 9.784[[21]](#footnote-21).

Ademais, apesar de se defender a legalidade da cumulação da GAE com a VPNI, mesmo se esse não for o entendimento, à Administração não cabe suprimir nenhuma das parcelas mediante a absorção considerando reajustes pretéritos.

Em suma, além de acórdãos específicos no MS 36869, do Supremo Tribunal Federal, viu-se que outros processos judiciais obtiveram decisões contrárias ao que determina o TCU, atestando a controvérsia que permeia a matéria e reforçando a necessidade de rejeição dos indícios de ilegalidade ou, pelo menos, a suspensão dos processos administrativos em tramitação **até que a matéria se consolide na representação em andamento na Corte de Contas**.

**3. DO EFEITO SUSPENSIVO**

O efeito suspensivo deve ser atribuído sempre que houver a possibilidade de dano irreparável ao recorrente e seu cabimento está previsto no artigo 109 da Lei 8.112, de 1990:

**Lei nº 8.112, de 1990:**

Art. 109. O recurso poderá ser recebido com efeito suspensivo, a juízo da autoridade competente.

Sendo assim, se mostra primordial suspender os efeitos da decisão recorrida, a fim de evitar danos concretos e irreparáveis, pois se trata de espécie de corte de parcelas alimentares, cuja ausência pode comprometer o sustento da unidade familiar.

Além disso, conforme já mencionado, está em andamento procedimento que deslindará a matéria do âmbito da Corte de Contas, de maneira que não só é cabível o efeito suspensivo, como prudente, pois se afastaria a causalidade de ocorrência de dano de difícil reparação no futuro, bem como a possibilidade de decisão conflitante com a que será emanada pelo TCU.

**4. PEDIDOS RECURSAIS**

**Ante o exposto**, requer:

**(a)** atribuição, desde logo, de **efeito suspensivo** à decisão recorrida;

**(b)** no mérito, o provimento deste recurso, para **manter** o recebimento cumulado da Gratificação de Atividade Externa – GAE e da Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada – VPNI, restituindo-se no contracheque eventuais parcelas suprimidas;

**(c)** sucessivamente, a **transformação** da Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI em parcela compensatória a ser absorvida tão somente pelos reajustes futuros, sem a retroação, conforme fundamentado;

**(d)** em qualquer hipótese, diante do que prevê o artigo 246 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, considerando que há processo de representação aberto, relacionado a este tribunal (Processo TCU nº 036.450/2020-0, pede a **SUSPENSÃO** deste processo administrativo até que o TCU decida a matéria e determine as medidas administrativas adequadas.

CIDADE, [data] de 2020.

**SERVIDOR**

Matrícula ................

1. **Lei 8112/90**: “Art. 106. Cabe pedido de reconsideração à autoridade que houver expedido o ato ou proferido a primeira decisão, não podendo ser renovado. Parágrafo único. O requerimento e o pedido de reconsideração de que tratam os artigos anteriores deverão ser despachados no prazo de 5 (cinco) dias e decididos dentro de 30 (trinta) dias. Art. 107. Caberá recurso: I - do indeferimento do pedido de reconsideração; II - das decisões sobre os recursos sucessivamente interpostos. §1º O recurso será dirigido à autoridade imediatamente superior à que tiver expedido o ato ou proferido a decisão, e, sucessivamente, em escala ascendente, às demais autoridades. §2º O recurso será encaminhado por intermédio da autoridade a que estiver imediatamente subordinado o requerente. Art. 108. O prazo para interposição de pedido de reconsideração ou de recurso é de 30 (trinta) dias, a contar da publicação ou da ciência, pelo interessado, da decisão recorrida. Art. 109. O recurso poderá ser recebido com efeito suspensivo, a juízo da autoridade competente.” [↑](#footnote-ref-1)
2. TCU, processo nº 036.450/2020-0 (representação), fonte (consulta em 29/10/2020):

[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/processo/\*/NUMEROSOMENTENUMEROS%253A3645020200/DTAUTUACAOORDENACAO%2520desc%252C%2520NUMEROCOMZEROS%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/processo/*/NUMEROSOMENTENUMEROS%253A3645020200/DTAUTUACAOORDENACAO%2520desc%252C%2520NUMEROCOMZEROS%2520desc/0/%2520) [↑](#footnote-ref-2)
3. Lei nº 11.416/2006: Art. 16 (...) § 2º É vedada a percepção da gratificação prevista neste artigo pelo servidor designado para o exercício de função comissionada ou nomeado para cargo em comissão. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ato Regulamentar CJF nº 641/1987: Art 1º - As atuais funções de Auxiliar I e Auxiliar II, constantes da Tabela de Gratificações de Representação de Gabinete das Secretarias das Seções Judiciárias da Justiça federal de Primeira Instância, ficam transformados em Auxiliar Especializada. Art 2º - São criadas, na referida Tabela as seguintes funções: Oficial de Gabinete: 163, (...), Executante de Mandados: (779). Art 3º - As designações para as funções a que se referem os artigos 1º e 2º far-se-ão por atos do Diretor do Foro da respectiva Seção Judiciária, após a indicação do Juiz Federal a que estiverem subordinados os servidores, observando-se os seguintes critérios: (...) [↑](#footnote-ref-4)
5. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. OFICIAL DE JUSTIÇAAVALIADOR. JUSTIÇA DO TRABALHO. GRATIFICAÇÃO DE EXECUTANTE DE MANDADOS. EXTENSÃO ATO REGULAMENTAR 641/87-CJF. **A Gratificação de Executante de Mandados não é devida automaticamente aos ocupantes do cargo de Oficial de Justiça-Avaliador, ficando seu exercício condicionado à indicação da chefia, tratando-se, portanto, de ato discricionário da Administração**. Inviável a extensão do Ato Regulamentar nº 641/87 expedido pelo Conselho da Justiça Federal, por meio do qual foram criadas as Gratificações de Executante de Mandados no âmbito da Justiça Federal, para os servidores da Justiça do Trabalho. Prequestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir. Apelação improvida. (TRF4, AC 2003.71.00.070778-2, TERCEIRA TURMA, Relator NICOLAU KONKEL JÚNIOR, D.E. 19/08/2009) [↑](#footnote-ref-5)
6. ADMINISTRATIVO. OFICIAL DE JUSTIÇA DO JUDICIÁRIO FEDERAL. LEI N. 9.421/96. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À FUNÇÃO COMISSIONADA FC-05. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DE VANTAGEM, PELO JUDICIÁRIO, SOB O FUNDAMENTO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. SÚMULA 339-STF. 1. A Lei nº 9.421/96, que instituiu o anterior plano de cargos e salários dos servidores do Judiciário Federal, não previa qualquer vinculação entre o exercício das atribuições de executante de mandados e o recebimento da função comissionada FC-05. Portanto, os oficiais de justiça da Justiça Federal não detinham direito subjetivo à percepção da nominada vantagem pecuniária. 2. Conforme doutrina jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, consagrada na Súmula 339, "Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia". 3. Recurso de apelação não provido. (TRF2, AC 2004.50.01.006976-9, SETIMA TURMA ESPECIALIZADA, Relator SALETE MACCALÓZ, D.O 20.05.2010). [↑](#footnote-ref-6)
7. Lei nº 8.868/94: Art. 11. Os cargos de Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, as Gratificações de Representação de Gabinete e as Funções Comissionadas, instituídos pela Lei nº 8.868, de 14 de abril de 1994, integrantes dos Quadros de Pessoal referido no art. 1º, ficam transformados em Função Comissionadas - FC, observadas as correlações estabelecidas no Anexo IV, resguardadas as situações individuais constituídas até a data da publicação desta Lei e assegurada aos ocupantes a contagem do tempo de serviço no cargo ou função, para efeito da incorporação de que trata o art. 15.  [↑](#footnote-ref-7)
8. Lei 8.911, de 1994: “Art. 3º 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.”  [↑](#footnote-ref-8)
9. Lei 8.112, de 1990 (redação original): “Art. 62. Ao servidor investido em função de direção, chefia ou assessoramento é devida uma gratificação pelo seu exercício. § 1° Os percentuais de gratificação serão estabelecidos em lei, em ordem decrescente, a partir dos limites estabelecidos no art. 42. § 2º **A gratificação prevista neste artigo incorpora-se à remuneração do servidor e integra o provento da aposentadoria, na proporção de 1/5 (um quinto) por ano de exercício na função de direção, chefia ou assessoramento, até o limite de 5 (cinco) quintos**.” [↑](#footnote-ref-9)
10. Lei 9.421, de 1996: “Art. 15. Aos servidores das carreiras judiciárias, ocupantes de Função Comissionada, aplica-se a legislação geral de incorporação de parcela mensal da remuneração de cargo em comissão ou função de confiança. § 1° A incorporação a que tenham direito os integrantes das carreiras judiciárias, pelo exercício de cargo em comissão ou função de confiança em outro órgão ou entidade da Administração Pública Federal direta, autárquica ou fundacional, terá por referência a Função Comissionada de valor igual ou imediatamente superior ao do cargo ou função exercida.”  [↑](#footnote-ref-10)
11. Constituição Federal: “Art. 5º (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...) Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”   [↑](#footnote-ref-11)
12. Conforme art. 30, da Lei 11.416, de 2006, que previu a implementação parcelada das diferenças entre o vencimento fixado pela Lei 10.475/2002 e aquele implementado por ela, sendo a última parcela implementada em dezembro de 2008. [↑](#footnote-ref-12)
13. **A vantagem pessoal**, regularmente apostilada pelo exercício do cargo em comissão, **incorpora-se ao patrimônio do servidor, não podendo o percentual agregado ser suprimido sob pena de ofensa ao direito adquirido** (Acórdão unânime da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 208.932-3-SC Relator: Ministro Maurício Corrêa, julgado em 21.08.2001) (grifou-se)(...)

1 - **Consoante uníssona jurisprudência desta Corte Superior**, através de suas 5ª e 6ª Turmas, competentes para julgar o tema (cf. entre outros, ROMS nºs 12.122/DF, 12.138/DF, 11.676/DF, 11.172/RS; e REsp nºs 254.709/DF, 396.791/DF, 275.189/DF), **os chamados "quintos", uma vez incorporados, tornam-se vantagens pessoais, não podendo mais ser retirados do patrimônio de seus beneficiários. (...) (STJ. 5ª Turma, RMS nº 13.299-DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ d 13-10-03, p. 378). (grifou-se)** [↑](#footnote-ref-13)
14. Despacho SECOI 1243511: “Assim, uma vez que parece patente o equívoco técnico apontado, a par de encaminhar os autos a Vossa Senhoria para melhor exame, solicito seja considerada pela Administração a possibilidade de o Conselho Superior da Justiça do Trabalho ser provocado a consultar o Tribunal de Contas da União sobre o tema versado no Acórdão nº 2784/2016 – TCU – Plenário (1229756), sob pena de que sejam causados injustos e imensos prejuízos à categoria dos Oficiais de Justiça.” [↑](#footnote-ref-14)
15. Análise DIGER 1236652: “Assim, por qualquer ângulo que se encare a questão, emerge equívoco interpretativo que não encontra eco nas disposições legais, ostentando, ademais, potencial de lesão ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, razão pela qual tenho pelo afastamento de qualquer ilegalidade a permear a acumulação de GAE e VPNI.” [↑](#footnote-ref-15)
16. Constituição da República: Art. 40. (...) § 12. Além do disposto neste artigo, serão observados, em regime próprio de previdência social, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o Regime Geral de Previdência Social. (...) Art. 201. (...) § 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei. [↑](#footnote-ref-16)
17. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur426663/false [↑](#footnote-ref-17)
18. Conforme o constitucionalista português, “a segurança jurídica está conexionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da confiança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 252) [↑](#footnote-ref-18)
19. Ibid., op. cit., p. 252. Assim, por força do princípio da segurança jurídica, considerado em sentido amplo, arremata Canotilho que o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas, decorrem os efeitos jurídicos previstos e prescritos pelo ordenamento jurídico. [↑](#footnote-ref-19)
20. No mesmo sentido é a Lei Complementar Distrital 840, de 2011: Art. 120. [...] Parágrafo único. É vedado exigir reposição de valor em virtude de aplicação retroativa de nova interpretação da norma de regência. [↑](#footnote-ref-20)
21. Lei 9.784, de 1999: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. [↑](#footnote-ref-21)