

NOTA TÉCNICA

Brasília/DF, 03 de outubro de 2019.

Interessada: Federação Nacional dos Trabalhadores do Judiciário Federal e do Ministério Público da União – FENAJUFE

Assunto: Ofício Circular TRT-MG/DPG/34/2019.

I – FATOS

Em 09/09/2019 fora veiculado ofício circular N. TRT-MG/DGP/34/2019 aos servidores e pensionistas do Tribunal Regional do Trabalho - 3^a Região, com o assunto “*Indício TCU – processo TRT/ePAD/25000/2019*”.

Por meio do referido ofício o TRT3 científica seus servidores acerca da notificação recebida pelo TCU informando “*indício de acumulação ilegal das parcelas Quintos ou Décimos -VPNI e Gratificação de Atividade Externa – GAE, percebidas por Vossa Senhora, em ofensa ao art. 16 da Lei n. 11.416/2006*”. Segue o teor do dispositivo legal mencionado:

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.

Ainda, houve determinação para que o servidor optasse pelo recebimento de uma ou de outra.

A respeito do narrado contexto, esta Assessoria Jurídica Nacional foi acionada para emitir nota técnico jurídica.

II – DA NATUREZA JURÍDICA DAS VERBAS

O Ato Regulamentar 641/87 do Conselho da Justiça Federal criou a função de Executante de Mandados e a Gratificação de Representação de Gabinete de Executante de Mandados¹. A designação para a função criada dependia de ato do Diretor do Foro².

Posteriormente, a Lei 9.421/96³ transformou referida gratificação em função comissionada. Em 2001 a MP 2.225-45 incluiu na Lei nº 8.112/90 o art. 62-A, nos seguintes termos:

Art. 62-A. Fica **transformada** em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI a **incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial** a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei no 8.911, de 11 de julho de 1994, e o art. 3º da Lei no 9.624, de 2 de abril de 1998.

¹ Art. 2º

² Art. 3º

³ Art. 11. Os cargos do 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 referidos no art. 1º, ficam transformados em Funções 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.

Parágrafo único. A VPNI de que trata o caput deste artigo somente estará sujeita às revisões gerais de remuneração dos servidores públicos federais.

Como bem se sabe, a VPNI passa a ser concedida ao servidor a partir da transformação, por determinação legal, de uma parcela por ele percebida anteriormente nesta Vantagem.

Desta feita, a natureza jurídica da VPNI varia conforme a natureza jurídica da parcela que a antecedeu.

Assim, no presente caso, a transformação dos nominados ‘quintos’ incorporados em VPNI, concedeu à Vantagem a natureza jurídica salarial, inclusive porque a parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função comissionada ou gratificada compõe a base de cálculo da contribuição social do servidor público, conforme determina a Lei 10.887/2004, §4º, VIII.

Em 2006 a Lei 11.416 criou a GAE:

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.

Art. 4º As atribuições dos cargos serão descritas em regulamento, observado o seguinte:

I - Carreira de Analista Judiciário: atividades de planejamento; organização; coordenação; supervisão técnica; assessoramento; estudo; pesquisa; elaboração de laudos, pareceres ou informações e execução de tarefas de elevado grau de complexidade;

II - Carreira de Técnico Judiciário: execução de tarefas de suporte técnico e administrativo;

III - Carreira de Auxiliar Judiciário: atividades básicas de apoio operacional.

§1º Os ocupantes do cargo de Analista Judiciário - **área judiciária cujas atribuições estejam relacionadas com a execução de mandados e atos processuais de natureza externa**, na forma estabelecida pela legislação processual civil, penal, trabalhista e demais leis especiais, **serão enquadrados na especialidade de Oficial de Justiça Avaliador Federal**. (Redação dada pela Lei nº 12.774, de 2012).

§2º Aos ocupantes do cargo da Carreira de Analista Judiciário – área administrativa e da Carreira de Técnico Judiciário – área administrativa cujas atribuições estejam relacionadas às funções de segurança são conferidas as denominações de Inspetor e Agente de Segurança Judiciária, respectivamente, para fins de identificação funcional.

Compreende-se a partir de então e em tese que a natureza jurídica da GAE seria *propter laborem*, ou seja, vantagem de caráter contingente ou eventual, que não atinge a todos, somente aqueles oficiais que executem mandados e atos processuais de natureza externa e que não exerçam, concomitantemente, função comissionada ou cargo em comissão.

III – ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS

A despeito de não se ter tido acesso ao processo TRT/ePAD/25000/2019, sabe-se que a ação do Tribunal de Contas da União advém de seu entendimento pelo *bis in idem* quando da concessão simultânea das parcelas VPNI e GAE.

Isso porque, conforme entendimento do TCU, o pagamento cumulativo do VPNI e da GAE se torna ilegal posto que ambas as vantagens teriam, de fato, a natureza de gratificação genérica paga em razão do exercício da função, o que contrariaria intenção inicial do

legislador, uma vez que, ainda segundo o TCU, pagas indeterminadamente à totalidade dos oficiais de justiça.

Importante salientar que, até o momento, a discussão do tema chegou ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça sob a forma de análises de casos específicos de oficiais de justiça **aposentados**, portanto em situações distintas ao caso em tela, que buscavam o reconhecimento da ilegalidade/inconstitucionalidade de o TCU determinar a incorporação em seus respectivos proventos de uma **ou** outra gratificação, alegando o mesmo *bis in idem* ora invocado.

O STF, em recente decisão publicada em 25/04/2018 – sem repercussão geral, portanto, sem efeito *erga omnes*, nos autos do MS 35193⁴, de relatoria do Min. Roberto Barroso, adentrou ao mérito da questão, nos seguintes termos:

Conforme relatado acima, o ato impugnado (Acórdão nº 353/2017) considerou que tanto a Gratificação de Representação de Gabinete (GRG) como a função comissionada FC-05, por serem pagas indistintamente a todos os oficiais de justiça avaliadores, não possuiriam verdadeiramente natureza de função de confiança e, assim, não teriam o condão de gerar a incorporação de “quintos” nos termos do determinado pelo antigo art. 62 da Lei nº 8.112/1990. Além disso, o mesmo ato também considerou haver *bis in idem* no pagamento cumulativo dos “quintos” incorporados com a Gratificação de Atividade Externa (GAE), instituída pela Lei nº 11.416/2006, já que as vantagens possuiriam a mesma

⁴ Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado contra ato do Tribunal de Contas da União (acórdão TCU nº 353/2017, confirmado pelos acórdãos nºs 5.229/2017 e 6.842/2017, todos proferidos nos autos do processo nº 014.415/2016-0), que considerou **illegal o ato de aposentadoria** do impetrante em razão da incorporação de “quintos”, decorrente do exercício de função paga a todos os Analistas Judiciários, especialidade Oficial de Justiça Avaliador, juntamente com a Gratificação de Atividade Externa (GAE)

natureza, sendo pagas exclusivamente em razão do exercício de atribuições típicas do cargo de oficial de justiça avaliador.

Em relação ao primeiro ponto (caráter genérico da GRG e da FC-05), o impetrante alega que a função não era devida automaticamente a todos os oficiais de justiça, porquanto dependia de indicação de Juiz Federal e de ato formal do Direção do Foro, nos termos do art. 3º do Ato Regulamentador nº 641, de 1987, do Conselho da Justiça Federal. Afirma, ainda, que o número de funções de executantes de mandados não era coincidente com o número de cargos de oficial de justiça existentes na estrutura do Poder Judiciário da União, o que demonstraria a função de confiança exercida. Entendo, no entanto, que não merecem prosperar as alegações do impetrante, por duas razões: (i) o fato de haver indicação de juiz federal ou a designação formal do Diretor do Foro para a percepção da GRG ou da FC-05, por si só, não é suficiente para afastar a generalidade da verba percebida; (ii) por outro lado, saber se todos os oficiais de justiça avaliadores do Tribunal Regional Federal da 2ª Região percebiam ou não as verbas mencionadas de forma genérica mostra-se inviável em sede de mandado de segurança, porquanto tal circunstância demanda efetiva diliação probatória, vedada na via eleita.

Em relação ao segundo ponto (**bis in idem no pagamento cumulativo dos “quintos” com a GAE**), o impetrante alega que a GAE difere da FC-05, já que possui natureza propter laborem, sendo 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. Entretanto, mais uma vez, a alegação do impetrante não merece prosperar, uma vez que: (i) o art. 16, § 2º, da Lei 11.416/06 repele expressamente a cumulação da GAE com a remuneração relativa ao exercício de função comissionada ou cargo em comissão, não fazendo sentido que o servidor inativo seja beneficiado com uma cumulação não permitida ao servidor ativo; (ii) não sendo demonstrada a não generalidade da GRG ou da FC-05 no caso, a premissa a ser adotada é no sentido de que tais verbas efetivamente possuíam a mesma natureza da GAE, devida a todos os oficiais de justiça avaliadores, nos termos do art. 16 c.c. art. 4º, § 1º, da Lei nº 11.416/2006.

Ressalto que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em casos similares ao do pleito, é no sentido da

impossibilidade de pagamento de gratificações em razão do desempenho da função com parcelas de “quintos” na forma de Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI) quando ostentarem idêntico fundamento. A acumulação de vantagens, nestes moldes, seria vedada pelo art. 37, XIV, da Constituição Federal, uma vez que não se pode aceitar que servidor ativo ou inativo perceba verba idêntica, concedida sob o mesmo título e com a mesma natureza.

Corroborando seu posicionamento, colacionou precedentes da Corte:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ACÓRDÃO 814/2005, DECORRENTE DE PROCEDIMENTO DE INSPEÇÃO NA SECRETARIA DE RECURSOS HUMANOS DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. DECLARAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DO PAGAMENTO DA GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE PELO DESEMPENHO DE FUNÇÃO (GADF) EM CUMULAÇÃO COM PARCELAS DE QUINTOS OU DÉCIMOS NA FORMA DE VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICADA (VPNI). DETERMINAÇÃO DE INIBIÇÃO NO SISTEMA SIAPE DO PAGAMENTO DA GADF QUANDO ACOMPANHADO DA RUBRICA VPNI. INCORRÊNCIA DA DECADÊNCIA DO DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO DE SUPRIMIR O PAGAMENTO DA VERBA, TENDO EM VISTA QUE OS ATOS DE APOSENTADORIA DOS IMPETRANTES AINDA NÃO HAVIAM SIDO EXAMINADOS PELO TCU NO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA PREVISTA NO ART. 71, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO, NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. INEXISTÊNCIA DO DIREITO À MANUTENÇÃO DO PAGAMENTO DESSAS VERBAS EM CUMULAÇÃO. PRECEDENTE DO PLENÁRIO (MS 25.561, REL. MIN. MARCO AURÉLIO, DJE DE 21/11/2014). PARCELAS RECEBIDAS POR FORÇA DE LIMINAR POSTERIORMENTE REVOGADA. DEVOLUÇÃO. NECESSIDADE. EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL. LEI 8.112/1990, ART. 46, § 3º. AGRAVO REGIMENTAL A QUE

SE NEGA PROVIMENTO. (MS 27.811 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REMUNERAÇÃO. ADICIONAL BIENAL E ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. CUMULAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. ART. 37, XIV, DA CONSTITUIÇÃO. I - A jurisprudência da Corte é no sentido de que **não são acumuláveis** o adicional bienal e o adicional por tempo de serviço, visto que **são acréscimos pecuniários com idêntico fundamento**. Precedentes. II - A questão de mérito foi decidida conforme o recurso extraordinário interposto pela União, ora agravada, não podendo a matéria ser inovada em agravo regimental. III - Agravo regimental improvido. (RE 587123 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski)

Por fim, concernente ao direito adquirido e à irredutibilidade de vencimento apontou:

Por fim, anoto que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que não viola o direito adquirido e a garantia da irredutibilidade de vencimentos a correção de ilegalidades na composição dos proventos de servidores públicos (nesse sentido: RE 418.402-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, MS 33.432, Rel. Min. Marco Aurélio; e MS 27.722 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki). Dessa forma, não vislumbro, no caso, qualquer abuso ou ilegalidade na conduta do Tribunal de Contas da União.

O STJ, por sua vez, em decisão de Recurso em Mandado de Segurança 58008⁵ – não submetido a regime de recursos repetitivos, de relatoria do Min. Herman Benjamin, publicada no diário eletrônico em 16/11/2018 sobre o tema assentiu:

Correta a decisão do Tribunal de origem, porquanto o STJ entende que a Administração, à luz do princípio da autotutela,

⁵ Mandado de segurança impetrado por IGNACIO DE HOLANDA CAVALCANTI PACHECO DE ARAGÃO, contra o ato praticado pelo Excelentíssimo Presidente deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região - Desembargador Federal ANDRÉ FONTES que teria **coagido o Impetrante a optar entre a VPNI - Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada e a GAE - Gratificação de Atividade Externa, sob ameaça de, se assim não o fizesse, reduzir unilateralmente os seus proventos de aposentadoria** com base no valor a menor a ser apurado, tendo em vista determinação do E. Tribunal de Contas da União que considerou ilegal e negou o registro de atos de aposentados desta C. Corte porque estariam cumulando a percepção da GAE e da VPNI

tem o poder de rever e anular seus próprios atos, quando detectada a sua ilegalidade, consoante reza a Súmula 473/STF. Todavia, quando os referidos atos implicam invasão da esfera jurídica dos interesses individuais de seus administrados, **é obrigatória a instauração de prévio processo administrativo, no qual seja observado o devido processo legal e os corolários da ampla defesa e do contraditório.**

Trouxe ainda precedente daquele Tribunal:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÕES DE ATIVIDADE. SUPRESSÃO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBSERVADAS AS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Quanto à alegação de que houve a reformatio in pejus, falecem os Agravantes de interesse processual. Isso porque verifica-se que a sentença de primeiro grau foi integralmente mantida pela Corte de origem, tendo o Tribunal a quo apenas discorrido sobre a melhor interpretação a ser dada ao art. 46 da Lei 8.112/90, em nada alterando a situação dos então Apelantes. 2. O STJ perfilha entendimento de que a Administração, à luz do princípio da autotutela, tem o poder de rever e anular seus próprios atos, quando detectada a sua ilegalidade, consoante reza a Súmula 473/STF. **Todavia, quando os referidos atos implicam invasão da esfera jurídica dos interesses individuais de seus administrados, é obrigatória a instauração de prévio processo administrativo, no qual seja observado o devido processo legal e os corolários da ampla defesa e do contraditório** (AgRg no REsp. 1.432.069/SE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 2.4.2014). 3. Agravo Interno dos Servidores parcialmente provido, para tornar insubstancial o ato que supriu a gratificação pretendida, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, asseguradas as garantias que lhe são inerentes. (AgInt no REsp 1306697/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 22/09/2016).

Importante colacionar o teor do Enunciado de Súmula 473 do STF invocado pelo STJ:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam

direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

No que tange à necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa pelo TCU quando da prolação de decisões que atinjam a esfera de interesses individuais, invoca-se a Súmula Vinculante nº. 3 do STF:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Em conclusão, o entendimento dos Tribunais Superiores tem se dado no sentido de, configurado **no caso concreto** o desvirtuamento da natureza jurídica da concessão das parcelas VPNI e GAE, é acolhida a determinação do TCU de se fazer cessar a ilegalidade/inconstitucionalidade consistente no *bis in idem* do pagamento da gratificação cumulada com os quintos, desde que a decisão do Tribunal de Contas, no âmbito administrativo, advenha de procedimento em que tenha sido oportunizado à parte que terá o ato revogado o exercício do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Importante frisar que o objeto da presente nota técnica refere-se ao pagamento cumulativo da VPNI, decorrente dos quintos, e da GAE. Ou seja, não se incluiu nesta análise as parcelas dos quintos incorporados, pois isto demandaria o estudo caso a caso para verificar se a notificação do TCU

diz respeito aos pagamentos dos quintos já incorporados ou a serem incorporados em data futura, quando preenchido os requisitos para tanto.

IV – PROPOSIÇÕES

Após estudo, conclui-se que:

- 1) estamos diante de 3 (três) modalidades de parcelas distintas:
 - i) VPNI - Vantagem Pessoal Nominalmente Identificável;
 - ii) Gratificação em virtude do exercício de função comissionada ou nomeação para cargo em comissão;
 - iii) GAE - Gratificação de Atividade Externa.
- 2) a VPNI surge, por força de lei, a partir da transformação de parcela anteriormente paga ao servidor nesta Vantagem;
- 3) a VPNI assume a natureza jurídica da parcela anterior que foi transformada, e, no presente estudo, sua natureza jurídica é de parcela salarial, posto que proveniente dos “*quintos*”;
- 4) a natureza jurídica da GAE é de parcela *propter laborem*;
- 5) a norma contida no §2º do art. 16 da Lei 11.416/2006 se refere a impossibilidade de cumulação da GAE e das gratificações concedidas por servidores designados para o exercício de função comissionada ou nomeados para cargo em comissão.

A partir das considerações apresentadas na presente nota, a Assessoria Jurídica Nacional entende como possíveis encaminhamentos a serem indicados aos Sindicatos filiados:

- a) Solicitação, junto ao TCU, de cópia dos procedimentos que ensejaram as respectivas decisões pela ilegalidade da concessão das parcelas a fim de que se verifique se houve a observância do devido processo legal, contraditório e ampla defesa; bem como a natureza das verbas a que ele se refere.
- b) Em não se havendo, ou em sendo negada a exibição da cópia, serão tomadas as medidas judiciais cabíveis;
- c) Verificação em seus respectivos tribunais se houve a concessão da GAE de maneira indiscriminada, como alega o TCU, ou não;
- d) Verificação das verbas que foram transformadas em VPNI para verificar se se tratam ou não de “quintos” convertidos na Vantagem.

A partir das informações obtidas por meio dos encaminhamentos acima, conseguir-se-á traçar a melhor estratégia jurídica/administrativa para satisfazer os anseios da categoria e buscar a manutenção de seus direitos.

Até o presente momento é o que se nota.

Brasília/DF, 09 de outubro de 2019.

CA
CEZAR BRITTO
ADVOGADOS ASSOCIADOS

CEZAR BRITTO & ADVOGADOS ASSOCIADOS