



**TC 005.903/2015-7**

**Natureza:** Representação

**Unidade Jurisdicionada:** Companhia Nacional de Abastecimento (Conab)

**Interessado:** Assessoria Especial de Controle Interno (AECI) do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA)

## INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de Representação por parte da Assessoria Especial de Controle Interno (AECI) do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) quanto a providências para adequação normativa do exercício de função gratificada para empregados com função incorporada administrativa ou judicialmente na Companhia Nacional de Abastecimento (Conab). O órgão de controle interno submete cópia do processo “para conhecimento e eventuais providências afetas ao exercício de supervisão desse Tribunal de Contas da União” (peça 1, p. 1).
2. O Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, em ofício direcionado à presidente do Conselho Fiscal da Conab, datado de 31/12/2014, acusa o descumprimento de determinação ministerial, apesar de reiterados ofícios, e informa que “até esta data nenhuma medida veio a ser adotada no sentido de observar-se as orientações da DEST/MP” – Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais/Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão –, e complementa: “tampouco foram deflagradas as apurações de responsabilidades rogadas pelo órgão de coordenação e governança apontadas nas diversas manifestações acerca da matéria sob discussão” (peça 1, p. 4).
3. O DEST/MP, por meio de Nota Técnica, datada de 13/10/2011, observa que a “a concessão de incorporação de gratificação de função e de DAS a empregados, na forma aprovada pela Diretoria da Conab, nos termos das Resoluções nº 10 e 11, de 2010, fere o disposto na Resolução CCE [Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais] nº 09/96 e não contou com manifestação favorável deste Ministério”. E conclui como segue: “Com vistas à regularização dessa situação, proponho que a Conab seja recomendada a adotar as providências cabíveis, com vistas à regularização dessa situação, inclusive com apuração da responsabilidade pela inserção no mundo jurídico das referidas resoluções” (peça 1, p. 32-36). Cabe observar que as resoluções mencionadas permitiam o recebimento *cumulativo* de funções no caso de nova designação de empregados que já tivessem função incorporada.
4. Após recomendações exaradas pela CGU, “a Conab revogou as Resoluções nº 10 e 11, de 2010 e simultaneamente editou a Resolução nº 06, de 26.6.2013, quando foi feita a adequação visando à não acumulação de gratificações de função, entretanto, **ao manter o instituto da incorporação de função**, permanece em desacordo com a orientação deste Departamento”, apontou o DEST em nova Nota Técnica, esta datada de 10/01/2014 (peça 1, p. 12, grifamos).
5. Em 18/12/2014, o presidente da Conab solicitou ao Ministro do MAPA auxílio “no sentido de aprovar, inclusive junto ao DEST, a dilação do prazo (...), para que a Conab possa apresentar estudo de alternativas de solução para o assunto em comento, contemplando inclusive cronograma de transição factível com a realidade presente”. A Conab, em suma, solicitou prazo para providências quanto ao exercício cumulativo de funções no caso de nova designação de empregados que já tivessem função incorporada, sob o seguinte argumento: “O afastamento desses profissionais com vasta experiência profissional e conhecimentos adquiridos no decorrer de anos à frente de importantes segmentos da

empresa, podem trazer impactos indesejáveis para o bom andamento das ações de responsabilidade da Companhia, sem que se tenha previamente a definição de um plano de sucessão” (peça 1, p. 8).

6. Em suma, a Conab aparentemente seguiu adotando duas práticas consideradas antijurídicas pelo DEST: a) exercício de função gratificada para empregados detentores de função incorporada, embora já sem supedâneo em norma interna; e b) incorporação de gratificação de função e de DAS a empregados, nesse caso com apoio em norma ainda vigente.

7. A Resolução CCE n. 9, de 08/10/1996, editada pelo então chamado Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais, estabeleceu “que os dirigentes das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas controladas e quaisquer outras entidades controladas, direta ou indiretamente pela União, promovam alterações nos seus regulamentos internos de pessoal e planos de cargos e salários, ressalvados os direitos adquiridos na forma da legislação vigente, com vistas a **excluir** dispositivos que estabeleçam incorporação à remuneração da gratificação de cargo em comissão ou de função gratificada (art. 1º, II, “b”, destacamos) (peça 1, p. 67).

8. Em assentada anterior, concluímos o que se segue: a) a incorporação de gratificação de função e de DAS a empregados, com base na Resolução Conab no. 06, de 26.6.2013, é antijurídica e deve ser cancelada com efeitos *ex tunc*, porque nula desde a origem; e b) os mesmos efeitos *ex tunc* devem ser aplicados às revogadas Resoluções no. 10 e 11, ambas de 2010. Essas providências não afastam eventual responsabilização daqueles que deram causa a atos antijurídicos que dessa forma sejam apreciados por este Tribunal.

9. Em se adotando essas duas medidas, fomos da opinião de que todos os atuais detentores de funções comissionadas poderiam seguir ocupando seus respectivos cargos de confiança, eis que, então, não haveria conflito entre exercício de função comissionada e incorporação de função comissionada, pois esta terá sido anulada desde a origem.

10. Tendo em vista a complexidade do caso, julgamos conveniente a oitiva da entidade jurisdicionada para que esclarecesse o que se segue: a) se a Resolução Conab no. 6, de 26/06/2013, que mantém o instituto da incorporação de funções aos servidores ocupantes de cargo comissionado, permanecia em vigor, a despeito de determinação em contrário exarada pela Resolução CCE no. 9, de 08/10/1996; b) em caso positivo, as razões que levaram a entidade a descumprir o mencionado normativo vinculante superior; e c) em caso negativo, se foram tomadas providências para a anulação dos efeitos *ex tunc* desta Resolução.

## RESPOSTA DO JURISDICIONADO

11. Assim se posicionou o jurisdicionado, quanto a esclarecer se a Resolução Conab no. 6, de 26/06/2013, que mantém o instituto da incorporação de funções aos servidores ocupantes de cargo comissionado, permanecia em vigor, a despeito de determinação em contrário exarada pela Resolução CCE no. 9, de 08/10/1996 (peça 12):

Em acatamento à Resolução CCE nº 09/96, bem como à determinação exarada pelo Departamento de Coordenação e Governança de Empresas Estatais – DEST, a Resolução Conab nº 06/2013 foi revogada, não subsistindo qualquer normativo acerca da possibilidade de incorporação de gratificação de função administrativamente em vigor no âmbito da Conab.

Ocorre que, ao assim agir, o DEST criou uma circunstância de grande fragilidade e insegurança jurídica no âmbito das empresas públicas que compõem a administração indireta e que são dependentes do Tesouro Nacional. Estas são regidas pelo regime celetista e devem, sob pena de incrementarem o passivo trabalhista, acatar a jurisprudência pacificada no âmbito da justiça do trabalho.

Nessa ótica destaca-se o preceito sumular nº 372 do Tribunal Superior do Trabalho que assim dispõe: (...)

I – Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. (...)

II – Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação. (...)

Verifica-se que é pacífico no âmbito da justiça laboral o instituto da incorporação de gratificação de função e fugir do referido entendimento é adotar uma postura de fragilidade nas defesas realizadas nas ações judiciais e do patrimônio público, aumentando o passivo trabalhista de uma empresa pública federal totalmente dependente da União.

Assim, em virtude do regime celetista é que a aplicabilidade da Resolução CCE n.º 09/96 tem sua juridicidade questionável, sendo que existem precedentes judiciais no sentido da sua inconstitucionalidade (...).

Todavia, o DEST adotou uma postura restritiva e em desacordo com a jurisprudência pacífica, sumulada, fato que certamente acarretará demandas judiciais que poderiam ser evitadas onerando a administração pública com dispêndio desnecessário de tempo e defesas judiciais de teses inócuas e temerárias, bem como eventual pagamento de custas e honorários sucumbenciais em virtude do não êxito na defesa judicial.

Destarte, considerando que o posicionamento do DEST não foi alterado, a Resolução n.º 06/2013 foi revogada.

12. Quanto a se saber se foram tomadas providências para a anulação dos efeitos *ex tunc* desta Resolução, assim se posicionou o jurisdicionado (peça 12):

Quanto ao questionamento do efeito *ex tunc*, importante tecer algumas ponderações.

Inicialmente, impende destacar que inexistente no âmbito da Companhia Nacional de Abastecimento qualquer normativo em vigor que permita a incorporação de gratificação de função administrativamente, inobstante ser pacífico o entendimento da justiça do trabalho, conforme alhures mencionado, no sentido de que o empregador não poderá retirar a gratificação, quando reverter ao cargo efetivo um empregado que tenha recebido gratificação de função por dez anos ou mais.

Ao internalizar a jurisprudência já pacificada no âmbito dos Tribunais Superiores, o administrador pratica uma atividade de compliance, resguardando o interesse e patrimônio públicos, evitando que a Administração Pública seja onerada com demandas judiciais que preventivamente poderiam ser evitadas.

A possibilidade de incorporar gratificação de função é um tema que encontra guarida na jurisprudência pátria, sendo que o Supremo Tribunal Federal também já se manifestou acerca do assunto e calcado no princípio da estabilidade financeira, deferiu a continuidade do pagamento, conforme se pode verificar do seguinte aresto:

(...) 1. Configurada situação de pagamento de vantagem pessoal, na qual se enquadra o princípio da 'estabilidade financeira', e não da proibição constitucional de vinculação de espécies remuneratórias vedada pelo art. 37, inc. XIII, da Constituição da República. 2. Previsão legal que não iguala ou equipara vencimentos, apenas reconhece o direito dos que exerceram cargos ou funções comissionadas por certo período de tempo em continuar percebendo esses valores como vantagem pessoal. Precedentes 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 1264, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2007) (...)

E esse é o princípio norteador do direito à continuidade da percepção da gratificação de função. O princípio da estabilidade financeira, que tem sua aplicabilidade pacificada no âmbito da justiça do trabalho, confere proteção ao empregado quanto a impossibilidade de redução salarial.

Assim, a incorporação da gratificação de função não é inovação administrativa, mas se dá em razão do princípio da estabilidade financeira. Obstar que a mesma ocorra administrativamente tem pouca ou nenhuma validade no âmbito judicial e, de outro modo, conduz as empresas públicas dependentes a adotarem uma postura de fragilidade, ao deduzirem defesas contra matéria já sumulada.

Para a justiça do trabalho, o empregador deve garantir ao empregado que percebeu durante longo lapso temporal uma contrapartida remuneratória – gratificação – a continuidade do pagamento. Por conseguinte, considerando o preceito sumular, se demonstra necessário que o Gestor, agindo de maneira preventiva, e atento a princípio da eficiência, adote mecanismos para que a matéria pacificada judicialmente seja cumprida evitando, assim, um incremento de demandas trabalhistas nas quais a defesa será inócua.

Todavia, inobstante a jurisprudência pacífica, a Conab não tem nenhum normativo vigente acerca da incorporação de função, seguindo assim a orientação exarada pelo Departamento de Coordenação e Governança de Empresas Estatais – Dest.

No tocante à Resolução n.º 06/2013, que dispunha sobre incorporação de gratificação de função, especialmente quanto ao questionamento da anulação dos efeitos *ex tunc*, destacamos que o referido normativo foi revogado e não anulado, motivo pelo qual não foi dado o efeito *ex tunc*, instituto este que não guarda correlação com o da revogação.

## **EXAME TÉCNICO**

13. Apesar de discordar da necessidade de cancelamento dos efeitos da Resolução Conab no. 6, de 26/06/2013, que mantinha o instituto da incorporação de funções aos servidores ocupantes de cargo comissionado, e assim conflitava com a Resolução CCE no. 9, de 08/10/1996, o jurisdicionado informa que referida norma foi revogada, e que “inexiste no âmbito da Companhia Nacional de Abastecimento qualquer normativo em vigor que permita a incorporação de gratificação de função administrativamente”.

14. A alegação de que o instituto da incorporação de funções integra a jurisprudência pacífica da Justiça do Trabalho peca por uma visão míope e enviesada da questão. Não estamos tratando de um regime celetista puro, mas sim de um regime parcialmente derogado por normas de direito público. É evidente que há que se considerar as peculiaridades da natureza jurídica da Administração Indireta, sopesando-as com as características do regime privado. É cristalino que a incorporação de funções, pelo seu óbvio efeito vegetativo no orçamento público, é dessas normas que sofrem derrogação dos institutos de direito público. Assim, não é causal que o Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (DEST), a quem cabe o acompanhamento e a disponibilização das informações econômico-financeiras das empresas estatais, bem como se manifestar sobre os pleitos das empresas estatais, no que se refere à política salarial, aprovação e eventuais modificações nos planos de previdência dessas empresas e seu quantitativo de empregados, tenha norma específica taxativa em que as estatais promovessem alterações nos seus regulamentos internos de pessoal e planos de cargos e salários, ressalvados os direitos adquiridos na forma da legislação vigente, com vistas a excluir os dispositivos que estabelecessem incorporação à remuneração da gratificação de cargo em comissão ou de função gratificada. E não foi por acaso que o jurisdicionado foi incapaz de localizar e trazer aos autos qualquer jurisprudência impositiva quanto à incorporação de funções na Administração Indireta.

15. Superada essa questão, cabe analisar o momento a partir do qual a incorporação de funções deve ser considerada extinta do mundo jurídico, e se é cabível fazer normas posteriores desconformes retroagirem a esse momento. A Resolução CCE (sigla do órgão que antecedeu o DEST) no. 9 data de 08/10/1996, mas ainda em 26/06/2013, através da Resolução no. 6, a Conab persistia tentando fazer valer a incorporação – nada menos do que quase 17 anos depois.



16. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos (Lei 9.784/99, art. 53). Assim, a Administração pode (poder-dever) anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem 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 (STF, Súmula 473).

17. Cabe perguntar se a Resolução Conab no. 6/2013 é um ato são, que se retira do mundo jurídico apenas por uma questão de conveniência ou oportunidade, ou se ele foi fulminado por estar desconforme com normativo superior, desalinhado do edifício que compõe a famosa pirâmide kelseniana que retrata a hierarquia das normas. Não há outra resposta possível que não a de que se trata de um ato viciado desde o seu nascimento. Fácil perceber que o ato em tela deve ser *anulado*, e não apenas revogado. E é fora de dúvida que a anulação gera efeitos *ex tunc*, pois o ato não chegou sequer a ver a luz do sol, mal comparando aqui o sol como a luz do bom direito. Trata-se de um ato írrito – nulo e sem nenhum efeito.

18. De forma mais resumida, podemos dizer que todos os atos administrativos que trataram da incorporação de funções após 08/10/1996, data da Resolução CCE no. 9, devem ser considerados nulos, ressalvando eventuais situações consolidadas no tempo. É que o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé (Lei 9.784/99, art. 54, *caput*). A má-fé a que se refere a lei é a do beneficiário, e não a do gestor.

19. Acerca da eventual responsabilização do gestor que praticou os atos em desconformidade com normativo hierarquicamente superior, entendemos que cabe uma relativização. É à *lei* que o administrador público deve a mais ampla fidelidade, esta entendida como a norma que se submeteu ao devido processo legislativo na *Casa do Povo* – ou seja, sobreviveu às mais diversas correntes de pensamento que atuam no Congresso Nacional. Inconteste que não há uma lei proibindo taxativamente a incorporação, papel que é cumprido por uma mera resolução – a qual tem força vinculante quanto às normas inferiores, isso não se discute, mas que, por conflitar com a legislação trabalhista comum, pode mesmo ter gerado dúvida no gestor, levando-o a adotar medida irregular. Entendemos, portanto que a boa-fé pode ser dada como presumida. Em caso de eventual decisão a ser adotada por este Tribunal é que poderá, aí sim, haver a imposição de sanções.

## PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

20. Ante todo o exposto, submete-se à consideração superior, com fulcro no RITCU (art. 250), para que seja determinado à Companhia Nacional de Abastecimento (Conab) que torne nula e atribua efeitos *ex tunc* à incorporação da gratificação de função e de DAS a empregados daquela estatal realizada com atos administrativos havidos nos últimos 5 (cinco) anos, contados da data da ciência da decisão do Tribunal que vier a ser lavrada, devendo, ainda, ser promovida a devolução dos valores recebidos indevidamente, com a devida correção.

Sefip/Sinfip, 24/08/2015.

(Assinado Eletronicamente)

**Dario Fava Corsatto**

AUFC - Matr. 4246-3