



Vara 20239-47.2016.4.01.3800

*1
p/10*

Exmo. Sr. Juiz Federal
Seção Judiciária de Minas Gerais
Belo Horizonte - MG

Assunto: Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público | Servidor Público Civil | Sistema Remuneratório e Benefícios (10288)

Ementa: Administrativo. Servidor público. Base de cálculo do 13º salário e do adicional de férias. Art. 7º, VIII e XVII da Constituição da República. Gratificação de Atividade de Segurança (GAS). Parcela permanente. Gratificação integrante do conceito de remuneração. Arts. 41, 63 e 76 da Lei nº 8.112/1990. Possibilidade. Jurisprudência pacífica em diversos Tribunais. Dever de estabilidade, integridade e coerência estabelecido no art. 926 do Novo CPC. Parcelas sucessivas. Prescrição parcial. Súmula 85 do STJ. Vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do Código Civil/2002). Vedação ao trabalho gratuito (art. 4º da Lei nº 8.112/1990). Juros de mora incidentes desde o evento danoso (Súmula 54 do STJ). TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA. Prova documental suficiente. Matéria eminentemente de direito.

SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL NO ESTADO DE MINAS GERAIS - SITRAEMG, CNPJ nº 25.573.338/0001-63, com domicílio em Belo Horizonte – MG, na Rua Euclides da Cunha, 14, Prado, por seus procuradores constituídos (mandato anexo), que recebem intimações e notificações em Brasília – DF, no SAUS, quadra 5, bloco N, salas 212 a 217, Ed. OAB, CEP 70.070-913, telefone (61) 3223-0552, e-mail: publica@servidor.adv.br, na qualidade de substituto processual, propõe **ACÃO COLETIVA** em face da **UNIÃO**, conforme segue.

1. DA SÍNTESE DO OBJETO E DA LEGITIMIDADE

O autor congrega servidores públicos federais vinculados ao Poder Judiciário da União em Minas Gerais (estatuto anexo) e age em favor dos ocupantes do cargo de Agentes de Segurança vinculados à Justiça do Trabalho da 3ª Região para que seja reconhecido o direito ao pagamento de Gratificação de Atividade de Segurança na base de cálculo da gratificação natalina e do adicional de férias.

Trata-se, portanto, da defesa de interesse ou direito coletivo¹ da

¹ Em atenção ao artigo 81, parágrafo único, II, da Lei 8.078, de 1990, está-se diante de um interesse ou direito coletivo quando "todos os co-titulares dos direitos mantêm relações jurídicas ou vínculos jurídicos formais com a parte contrária, ou seja, a parte contra a qual se dirige a pretensão ou o pedido" ou em razão "de uma relação jurídica base que une os sujeitos entre si, de modo a fazer com que eles integrem grupo, classe ou categoria



categoria ou, pelo menos, de interesse ou direito de parte da mesma categoria²; senão, de direitos individuais homogêneos dos servidores interessados, porque “decorrentes de origem comum”³, hipóteses que, indistintamente, alcançam legitimidade ativa extraordinária ao sindicato, porquanto pleiteia, em nome próprio, direito alheio, assim autorizado por lei (artigo 18 do Novo Código de Processo Civil⁴).

A exigida autorização legislada vem da Constituição da República, cujo artigo 8º, III, atribui aos sindicatos “a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”, tal que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “os sindicatos têm legitimidade processual para atuar na defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos individuais e coletivos dos integrantes da categoria por ele representada”⁵.

É assim também nos termos do artigo 240, da Lei 8.112, de 1990, que assegura ao servidor público a livre associação sindical e o direito “de ser representado pelo sindicato, inclusive como substituto processual”; senão nos termos do artigo 3º da Lei 8.073, de 1990, porque “as entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais dos integrantes da categoria”. Com efeito, para a atuação em

diferenciada de pessoas determinadas ou determináveis com interesses convergentes sobre o mesmo bem indivisível (jurídica ou faticamente), independente de manterem ou não vínculo jurídico com a parte contrária”, conforme leciona Alcides A. Munhoz da Cunha (Evolução das Ações Coletivas no Brasil. Revista de Processo, n. 77, 1995, p. 229). Pedro Lenza (Teoria Geral da Ação Civil Pública. São Paulo, RT, 2003, p. 71), explica sobre a indivisibilidade dos bens sobre os quais convergem os interesses coletivos: “Em relação aos interesses coletivos, a indivisibilidade dos bens é percebida no âmbito interno, dentre os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas. Assim, o bem ou interesse coletivo não pode ser partilhado internamente entre as pessoas ligadas por uma relação jurídica-base ou por um vínculo jurídico; todavia externamente, o grupo, categoria ou classe de pessoas, ou seja, o ente coletivo, poderá partir o bem, exteriorizando o interesse da coletividade.”

² A possibilidade de proteção coletiva dos direitos e interesses de parte da categoria representada pela entidade de classe é afirmada na Súmula 630 do Supremo Tribunal Federal: “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”.

³ Em atenção ao artigo 81, parágrafo único, III, da Lei 8.078, de 1990, está-se diante de direitos individuais homogêneos, quando um direito eminentemente individual foi erigido à categoria de interesses metaindividuais meramente para fins de tutela coletiva. A transindividualidade do direito individual homogêneo é legal ou artificial. Pode-se dizer “acidentalmente coletivos” os direitos individuais homogêneos, porquanto os sujeitos são perfeitamente identificados ou identificáveis e a união entre aqueles coletivamente tutelados decorrerá de uma situação fática de origem comum a todos. Pedro Lenza (Teoria Geral da Ação Civil Pública. São Paulo, RT, 2003, p. 71) entende que os interesses individuais homogêneos “caracterizam-se por sua divisibilidade plena, na medida em que, além de serem os sujeitos determinados, não existe, por regra, qualquer vínculo jurídico ou relação jurídica-base ligando-os”; ao passo que Ada Pellegrini Grinover (Código de Defesa do Consumidor comentado, 7. Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 813) posiciona-se em sentido contrário: “Isso significa, no campo do direito processual, que, antes das liquidações e execuções individuais (...), o bem jurídico objeto de tutela ainda é tratado de forma indivisível, aplicando-se a toda a coletividade, de maneira uniforme, a sentença de procedência ou improcedência.”

⁴ Código de Processo Civil: “Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

⁵ “(...) O Plenário do Supremo Tribunal Federal deu interpretação ao art. 8º, III, da Constituição e decidiu que os sindicatos têm legitimidade processual para atuar na defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos individuais e coletivos dos integrantes da categoria por ele representada. (...)” (STF, Primeira Turma, AgReg-RE 197029/SP, Ministro Ricardo Lewandowski, j. 13/12/2006, DJ 16/02/2007, p. 40)



defesa da categoria, **do sindicato é inexigível a obtenção de expressa autorização dos sindicalizados, bem como inexigível a apresentação da relação nominal daqueles processualmente substituídos**, conforme assegura a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região⁶.

2. DA DESCRIÇÃO DO OBJETO

O autor protocolou requerimento administrativo em favor dos ocupantes do cargo efetivo de Agentes de Segurança requerendo o reconhecimento do direito ao pagamento da gratificação natalina e do adicional de férias considerando na base de cálculo os valores percebidos a título de Gratificação de Atividade de Segurança (GAS), dado que se trataria de vantagem permanente e, portanto, integrante da remuneração.

No entanto, a Ré indeferiu o pedido, afirmando que a Portaria Conjunta nº 1/2007 do Poder Judiciário da União e o Ato Regulamentar nº 9/2008 do TRT da 3ª Região vedariam a incidência da GAS na base de cálculo de outras gratificações e vantagens. A decisão foi proferida pelo Diretor-Geral do TRT3 em 14 de setembro de 2015 nos autos do Processo Administrativo nº TRT/e-PAD 16841/2015(anexo), assim prolatada:

Visto.

Com fundamento nos arts. 49 e 61 da Lei n. 8.112/1990 e na vedação da

⁶ O artigo 8º, III, da Constituição não exige que a entidade sindical obtenha autorização dos sindicalizados para a atuação judicial ou administrativa, porquanto se trata de *substituição processual*, diferentemente do que ocorre com a legitimidade mediante *representação* atribuída às associações não-sindicais. O artigo 8º, III, da Constituição estabeleceu um poder-dever aos sindicatos, pois os autoriza a atuação em defesa dos direitos e interesses da categoria e, ao mesmo tempo, impõe-lhes o dever de defendê-los (também por conta do princípio da *unicidade sindical*; artigo 8º, II, da Constituição). Diferente é o artigo 5º, XXI, da Constituição, que, ao atribuir legitimidade para as associações não-sindicais representar seus filiados, exige expressa autorização deles. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça e o TRF da 1ª Região: "(...) 3 - A Lei nº 8.073/90 (art. 3º), em consonância com as normas constitucionais (art. 5º, incisos XXI e LXX, CF/88), autorizam os sindicatos a representarem seus filiados em juízo, quer nas ações ordinárias, quer nas seguranças coletivas, ocorrendo a chamada substituição processual. **Desnecessária, desta forma, autorização expressa ou a relação nominal dos substituídos** (cf. STF, Ag Reg RE 225.965/DF e STJ, RMS nº 11.055/GO e REsp. nº 72.028/RJ)" (STJ, RESP 547.690/RS, 5ª Turma, Min. Jorge Scartezzini, publicado em 28/06/2004); e "(...) 1. A inovação trazida para o constitucionalismo brasileiro pela Constituição Federal vigente quando conferiu aos sindicatos e outras modalidades de associações de classe a capacidade processual para defender em juízo os interesses da categoria ou de seus associados ocorreu em duas situações diversas. No art. 5º, XXI, quando estabeleceu que 'as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados, judicial e extrajudicialmente', tratou da representação processual. No art. 8º, III, ao dispor que 'ao sindicato cabe a defesa dos direitos coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas', disciplinou a substituição processual. 2. **Não há necessidade de autorização individual e específica de cada associado substituído, para legitimação ativa de sindicato em ação coletiva, sendo bastante a autorização genérica contida no Estatuto Social.** Precedentes do STF e desta Corte. 3. Havendo litisconsorte ativo com associação de servidores esta necessita de apresentar autorização expressa da Assembleia Geral, já que se trata de representação processual, devendo ser mantida a sua exclusão do pólo ativo da lide. (...)"(AC 2000.01.00.029627-6/DF, Relator Antonio Sávio de Oliveira Chaves, DJ 18/09/2006 p.12)."

incidência da GAS na base de cálculo de outras gratificações e vantagens, determinada pela Portaria Conjunta n.1/2007 do Poder Judiciário da União e pelo Ato Regulamentar nº 9/2008 deste Tribunal, indefiro o pedido formulado pelo SITRAEMG, por falta de amparo legal.

Dê-se ciência ao Sindicato.

Após, archive-se eletronicamente.

Dessa decisão, a Autora foi cientificada através do Ofício nº DGP/1048/2015 de 14 de setembro de 2015 (anexo), tendo interposto recurso administrativo. Este, por sua vez, foi conhecido e, no mérito, negado seu provimento nos termos da decisão prolatada pela Presidência do Tribunal em questão em 21 de dezembro de 2015:

[...]A análise das prescrições legais colacionadas, que definem vencimento, remuneração e vantagens, permite distinguir claramente esses termos e suas respectivas características. **Desse raciocínio resulta, logicamente, que a gratificação natalina e o adicional de férias são vantagens pecuniárias, não integrando, portanto, o conceito legal de vencimento do cargo efetivo, mas sim o de remuneração.**

Vistos.

CONSIDERANDO que o princípio da legalidade (art. 37, caput, CR/88) determina que o administrador público está, em toda atividade funcional, vinculado à lei e aos diplomas regulamentares;

CONSIDERANDO que este Tribunal está sujeito à supervisão administrativa do CNJ (art. 103-B, § 4º, II) e do CSJT (art. 111-A, § 2º, II, CR/88), cujas determinações têm efeito vinculante;

CONSIDERANDO que o art. 9º do Anexo III da Portaria Conjunta nº 1/2007, Reproduzido pelo art. 2º do Ato Regulamentar TRT-3 GP/DG nº 9/2008, determina que a GAS é calculada sobre o vencimento básico do servidor, vedado seu cômputo na base de cálculo de outras gratificações e vantagens;

CONSIDERANDO os conceitos de vencimento, remuneração e vantagens constantes da Lei nº 8.112/1990;

CONHEÇO do recurso interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário Federal no Estado de Minas Gerais – SITRAEMG (fls. 10/14) contra a decisão da Diretoria-Geral (fl. 06v) e, no mérito, NEGOU-LHE provimento, a fim de ratificar o indeferimento do pedido de que a GAS componha a base de cálculo da gratificação natalina e do adicional de férias dos servidores Agentes de Segurança deste Tribunal.

NOTIFIQUE-SE o interessado da decisão. (grifou-se)

Cientificado em 04 de janeiro de 2016 por meio do Ofício nº DGP/1329/2019, de 28 de novembro de 2015(anexo), novamente, o SITRAEMG interpôs recurso administrativo dirigido ao Órgão Especial do TRT da 3ª Região, o qual manteve a decisão.



Ocorre que a decisão administrativa contrasta com o que dispõe o art. 7º, VIII e XVII combinados com o art. 39, § 3º da Constituição da República e o princípio da legalidade (art. 5, I), bem como os arts. 41, 63 e 76, todos da Lei nº 8.112/1990, a considerar a Gratificação de Atividade de Segurança (GAS) uma parcela permanente e, portanto, integrante do conceito de remuneração para fins de cálculo da gratificação natalina e do adicional de férias. Além disso, a decisão impugnada também contraria jurisprudência pacífica de diversos Tribunais, devendo ser anulada também diante dos deveres de estabilidade, integridade e coerência estabelecidos no artigo 926 do CPC.

Nesses termos, tratar-se-á adiante da salvaguarda judicial para que seja reconhecido o direito dos substituídos à gratificação natalina e ao adicional de férias (artigos 63 e 76 da Lei 8.112, de 1990) calculados com base na remuneração integral, computando-se para esse fim o valor da gratificação de atividade de segurança (artigo 17 da Lei 11.416, de 2006) e, em virtude desse direito reconhecido, desconstituir a decisão administrativa proferida nos autos do Processo Administrativo nº TRT/e-PAD 16841/2015, ante seu vício de legalidade flagrante e determinar o pagamento das parcelas pretéritas e a obrigação de fazer constante na efetivação desse direito.

3. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

3.1. Da Gratificação Natalina e do Terço Constitucional de Férias Incidentes sobre a remuneração integral

A Gratificação de Atividade de Segurança foi instituída pelo artigo 17 da Lei 11.416, de 2006⁷ e integra a remuneração dos servidores substituídos, diante do que deve ser considerada na base de cálculo da gratificação natalina e do adicional de férias (artigos 63 e 76 da Lei 8.112, de 1990).

Todavia, a decisão administrativa proferida nos autos do Processo Administrativo nº TRT/e-PAD 16841/2015(anexo) invocou suposta restrição contida no artigo 2º do Anexo III da Portaria Conjunta nº 1, de 2007, expedida pelos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, abaixo transcrita:

Art. 2º A GAS corresponde a trinta e cinco por cento do vencimento básico do

⁷ Lei 11.416, de 2006: "Art. 17. Fica instituída a Gratificação de Atividade de Segurança – GAS, devida exclusivamente aos ocupantes dos cargos de Analista Judiciário e de Técnico Judiciário referidos no § 2º 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. § 3º É obrigatória a participação em programa de reciclagem anual, conforme disciplinado em regulamento, para o recebimento da gratificação prevista no caput deste artigo."

servidor, vedado seu cômputo na base de cálculo de outras gratificações e vantagens.

Ocorre que a gratificação de atividade de segurança, uma vez compondo a remuneração dos servidores envolvidos em atividades de segurança, deve ser considerada por ocasião do pagamento do adicional de férias e da gratificação natalina.

Em outros termos, o pagamento da GAS deverá refletir no cálculo da gratificação natalina e do terço de férias.

Esse raciocínio é imposição do texto da Lei 11.416, que não contém a restrição imaginada pela Ré, tal que o regulamento não pode ser interpretado de forma a infirmar o alcance do artigo 17 da Lei, senão da Constituição da República (artigo 7º, VIII e XVII, combinados com o artigo 39, § 3º), como se verá a seguir.

Quanto à gratificação natalina (13º salário), note-se que ela deve representar a **remuneração integral do servidor**, conforme impõe a Constituição da República, no inciso VIII do artigo 7º, combinado com o § 3º do artigo 39:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

VIII – décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; [...]

Art. 39 (...) § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, **VIII**, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.”

Assim, a incidência da norma constitucional deve orientar a aplicação de leis infraconstitucionais, não sendo possível a inversão desse escalonamento normativo. Em outras palavras, a interpretação do art. 17 da Lei nº 11.416/2006 não pode contrariar a literalidade do que prevê o dispositivo constitucional acerca dos direitos trabalhistas aplicáveis a servidores públicos, especialmente o inciso VIII do artigo 7º, combinado com o § 3º do artigo 39.

Afinal, a decisão inverteu as premissas normativas e, com isso, equivocadamente violou a Constituição alterando a forma de cálculo da gratificação natalina e do adicional de férias de modo a excluir da base de cálculo parcelas integrantes da remuneração do servidor, como explanará adiante.

Isso porque a vedação de incidência da GAS em outras vantagens e gratificações implica tão somente na impossibilidade de que se calcule o percentual de 35% sobre parcelas remuneratórias diversas do vencimento básico do servidor. Esclarece-se que esse regramento está estabelecido na Lei nº 11.416/2006 explicitamente e foi adequadamente regulamentado pela Portaria Conjunta nº 1/2007 dos Tribunais Superiores.

Todavia, tal compreensão não equivale a dizer que o adicional de férias e o décimo terceiro salário irão desconsiderar no seu cálculo, para fins do conceito legal de remuneração, os valores percebidos a título de gratificação de atividade de segurança.

Aí que se encontra o erro flagrante e a violação à literalidade da Carta Maior. **A Administração indeferiu o pedido administrativo que possuía a finalidade nítida de se postular a forma correta de pagamento do adicional de férias e do décimo terceiro considerando os parâmetros constitucionais, ou seja, computando-se a GAS percebida ao longo dos doze meses antecedentes.**

Assim, a decisão administrativa culminou em estabelecer uma forma diversa do cálculo do décimo terceiro salário e do adicional de férias, valendo-se exclusivamente de leis infraconstitucionais interpretadas de forma isolada da Constituição da República e sem considerar a forma de cálculo do décimo terceiro estabelecida expressamente no artigo 63, da Lei 8.112 de 1990.

Tal raciocínio encontra respaldo no fato de que a gratificação natalina, nos termos legais, corresponde ao produto de uma multiplicação que tem como fatores frações da **remuneração** do servidor e o tempo de exercício, durante o ano:

Art. 63. A gratificação natalina corresponde a 1/12 (um doze avos) da **remuneração** a que o servidor fizer jus no mês de dezembro, por mês de exercício no respectivo ano.

O determinante do valor da gratificação natalina é a remuneração do servidor, o que quer significar o vencimento do cargo efetivo acrescido das vantagens pecuniárias permanentes – como é o típico exemplo da gratificação de atividade de segurança –, nos termos do conceito legal do artigo 41 da Lei 8.112:

Art. 41. Remuneração é o vencimento do cargo efetivo, **acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei.**

Além de ser vantagem pecuniária estabelecida em lei, a gratificação de atividade de segurança é permanente, porque, nesse gênero incluem-se todas aquelas vantagens relativas à natureza do trabalho. É o caso da GAS, que é paga aos servidores que ocupam cargos cujas funções estão relacionadas às atividades de segurança, em razão mesmo das peculiaridades dessas atividades, de modo que não pode ser suprimida do servidor enquanto estiver no efetivo exercício dessas atribuições.

A confirmar o caráter permanente da gratificação de atividade de segurança, traz-se outro conceito legal de remuneração, o da Lei 8.852, de 1994:

Art. 1º Para os efeitos desta Lei, a retribuição pecuniária devida na administração pública direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União compreende: [...]

III – como remuneração, a soma dos vencimentos com os adicionais de caráter individual e demais vantagens, **nestas compreendidas as relativas à natureza ou ao local de trabalho** e a prevista no art. 62 da Lei nº 8.112, de 1990, ou outra paga sob o mesmo fundamento [...]"

Se é inegável que a gratificação de atividade de segurança integra o conceito de remuneração, nessa condição está alcançada pelo comando da Constituição, a compor o cálculo da gratificação natalina, que deve corresponder à ***“remuneração integral”*** (artigo 7º, VIII).

Portanto, a gratificação natalina deve ser calculada sobre a remuneração do servidor no mês de dezembro, sem excluir desse monte a gratificação de atividade de segurança.

De igual modo deve ser o pagamento do adicional de férias, porque a Constituição é expressa:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, **um terço a mais do que o salário normal**; [...]"

A partir desse dispositivo, combinado com o § 3º do artigo 39 da Constituição, tem-se que remuneração de férias do servidor deve ser sempre 1/3 maior que a remuneração normal. Assim, acaso seja excluído do cálculo do adicional de férias o cômputo da gratificação de atividade de segurança, recebida normalmente, **aquele não corresponderá ao comando constitucional, porque será menor que 1/3 da remuneração normal.**



Interpretação diferente viola, não só a Lei, mas o comando constitucional expresso.

Note-se que assim também é a dicção do artigo 76 da Lei 8.112, de 1990, porque o adicional de férias deve ser pago aos servidores em valor correspondente a um terço da *remuneração* do período.

Art. 76. Independentemente de solicitação, será pago ao servidor, por ocasião das férias, um adicional correspondente a 1/3 (um terço) **da remuneração do período das férias.** [grifou-se]

Atente-se, pois, que o procedimento para o cálculo do adicional de férias é o mesmo utilizado para o da gratificação natalina, qual seja: computando-se como base a *remuneração* (vencimento do cargo efetivo acrescido das vantagens permanentes estabelecidas em lei), incluída, pois, a gratificação de atividade de segurança estabelecida pelo artigo 17 de Lei 11.416, de 2006.

Diferentemente do que consta na decisão administrativa ora impugnada judicialmente, o 13º salário e o adicional de férias não são vantagens pecuniárias a comporem a remuneração do servidor, mas são em verdade integrantes do salário do servidor, e portanto, não há restrições de incidência da GAS sobre estas. Nesse sentido, a súmula 207 do STF:

SÚMULA 207

AS GRATIFICAÇÕES HABITUAIS, INCLUSIVE A DE NATAL, CONSIDERAM-SE TACITAMENTE CONVENCIONADAS, INTEGRANDO O SALÁRIO.

Desta maneira, assim, como já ocorre com a Gratificação de Atividade Externa (gratificação de mesma natureza, paga aos Oficiais de Justiça Avaliadores Federais), a Gratificação em comento deve ser paga conjuntamente com o décimo terceiro salário e adicional de férias.

Assim, a decisão erroneamente consolida a ilegalidade do não pagamento da Gratificação de Atividade de Segurança, já que a vedação supracitada se restringe a gratificações e vantagens. Acerca da natureza salarial do 13º salário, corrobora o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA FUNÇÃO COMISSIONADA DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO. 1. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido da inexigibilidade da contribuição previdenciária sobre os valores percebidos pelos servidores públicos a título de

função comissionada. **2. Definida a natureza jurídica da gratificação natalina como sendo de caráter salarial**, sua integração ao salário de contribuição para efeitos previdenciários é legal, não se podendo, pois, eximir-se da obrigação tributária em questão. 3. "A verba decorrente de horas extraordinárias, inclusive quando viabilizada por acordo coletivo, tem caráter remuneratório e configura acréscimo patrimonial, incidindo, pois, Imposto de Renda." (REsp 695.499/RJ, DJ 29.9.2007, Rel. Min. Herman Benjamin). Agravo regimental parcialmente provido.

Insta esclarecer que se o décimo terceiro é passível de tributação, sendo consolidada a sua caracterização salarial como de qualquer outro salário, não pode o servidor arcar apenas com os ônus desse entendimento pacificado pela jurisprudência. Desse modo, **inexiste óbice legal à consideração da GAS na base de cálculo do décimo terceiro salário, pelo contrário, a norma constitucional impõe seja dada eficácia plena ao comando nela inserido que prevê a incidência da gratificação natalina com base na remuneração integral percebida.**

Aliás, dentre os direitos e garantias fundamentais insertos no artigo 5º da Constituição Federal, está o da legalidade, segundo o qual "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*" (inciso II), reiterado com rigor ainda maior no campo da Administração Pública pelo *caput* do artigo 37⁸.

Bem por isso é que José Afonso da Silva afirma que o princípio da legalidade é "*nota essencial do Estado de Direito*", "*princípio basilar do Estado Democrático*" que se subordina à Constituição⁹.

Por conseguinte, **ao contrariar a lei impondo base de cálculo do adicional de férias e da gratificação natalina a menor do que a remuneração integral (critério constitucional)**, a decisão impugnada violou o princípio da legalidade, eivando-se de vício insanável, visto que está sendo usurpado do servidor

⁸ Constituição da República de 1988: "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:"

⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2004, p.419: "O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da realização das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei."

um direito previsto pela legislação vigente prejudicando-se os Agentes de Segurança do Judiciário.

Nesse ínterim, é fundamental trazer a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo acerca da submissão dos atos administrativos à lei:

O ato administrativo sujeita-se ao princípio da legalidade. Isto significa que só pode ser produzido em nível sub-legal, como instrumento de execução de alguma lei. Portanto, é um comando complementar à lei. Serve para levar a determinação legal a um nível de concreção maior. Por isso pressupõe uma lei que lhe sirva de calço. É subordinado a ela. Não inova em caráter inicial na ordem jurídica, pois é um meio graças ao qual o Estado concretiza o que já foi estabelecido de modo abstrato e geral pela lei.¹⁰

Da mesma maneira, Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que os atos administrativos nulos são aqueles que não podem ser convalidados, “*pois se o mesmo conteúdo fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior; é o que ocorre com os vícios relativos ao objeto, à finalidade, ao motivo, à causa*”¹¹.

Ainda, Carlos Bastide Horbach sustenta que os “*atos nulos são os que a lei assim declare e aqueles em que é racionalmente impossível a convalidação, mas passíveis de conversão, ou seja, de aproveitamento como ato distinto do originariamente praticado*”.¹² Nesse sentido, confira-se o art. 53 da Lei nº 9.784/79:

Art. 53. 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.

Flagrante o vício de legalidade devido a decisão administrativa impugnada contrariar normas constitucionais e infraconstitucionais.

Considerando o exposto, deve ser reconhecido o direito dos substituídos à gratificação natalina e ao adicional de férias (artigos 63 e 76 da Lei 8.112, de 1990) calculados com base na remuneração integral, computando-se o valor da gratificação de atividade de segurança (artigo 17 da Lei 11.416, de 2006) e, em virtude desse direito reconhecido, desconstituir a decisão administrativa ante seu vício de legalidade flagrante e determinar o pagamento das parcelas pretéritas.

¹⁰ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato Administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo, Editora Revistas dos Tribunais, 1981, p. 26-27.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26ª Edição, p. 253, Editora Atlas: São Paulo, 2013.

¹² HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das Nulidades do Ato Administrativo*. 2ª Edição, P. 229, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

3.2. Dos deveres de estabilidade, integridade e coerência e a Jurisprudência específica favorável ao pleito

Convém, nesse ponto, citar os ensinamentos de DIDIER acerca do dever de coerência na aplicação do direito como uma imposição direta do princípio da igualdade, segundo o qual casos iguais devem ser tratados igualmente, sobretudo quando os tribunais já possuírem um entendimento firmado.

Prossegue o autor, em importante lição acerca do dever de coerência, referindo que *“julgar um caso é essencialmente distingui-lo de outro. É preciso, porém, que as distinções feitas pelos tribunais sejam coerentes”*¹³. Por derradeiro, exemplifica:

Não há coerência, por exemplo, na distinção que o Supremo Tribunal Federal brasileiro fez entre inquérito penal e inquérito civil, para fins de aferição da competência legislativa respectiva – como será visto no item sobre integridade. Também não há coerência na distinção que o Superior Tribunal de Justiça brasileiro fez, na vigência do CPC-1973, entre núcleos de prática jurídica de instituições federais de ensino e núcleos de prática jurídica de instituições particulares de ensino, reconhecendo apenas aos primeiros o benefício da dobra dos prazos processuais.

Já o dever de integridade impõe aos tribunais que decidam conforme a complexidade do direito, concretizando o postulado da hierarquia normativa segundo a qual a Constituição da República deve ser o parâmetro para interpretação das normas.¹⁴

A reconhecida lição da doutrina foi alçada à dogmática através do Novo Código de Processo Civil, estabelecendo-se o dever de os Tribunais manterem sua jurisprudência estável, íntegra e coerente de acordo com o previsto no art. 926¹⁵, norma que impõe observância em absolutamente todas as decisões judiciais.

Além disso, a decisão é antagônica a entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região em caso cujo pedido era idêntico ao presente feito:

¹³ DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. **Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência**. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/viewFile/10800/9079> Acesso em 10 mar. 2016.

¹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p. 136.

¹⁵ Novo Código de Processo Civil: Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.



ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE DE SEGURANÇA. GAS. INCIDÊNCIA NO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO E NO ADICIONAL DE FÉRIAS. POSSIBILIDADE. 1. **A Gratificação de Atividade de Segurança - GAS, instituída pela Lei nº 11.416/2006**, corresponde a 35% (trinta e cinco por cento) do vencimento básico do servidor, beneficia exclusivamente aos servidores ocupantes de cargos de Analista e Técnico do Judiciário, cujas atribuições estejam relacionadas às funções de segurança. 2. A Portaria Conjunta nº 1/ 2007, editada pelo STF, CNJ, CJF, CSJT, dos Presidentes de Tribunais Superiores e do TJDFT, regulamentou a matéria sobre a GAS, e vedou o seu cômputo na base de cálculo de outras gratificações e vantagens. 3. **A Portaria supracitada não teve o desiderato de excluir a incidência da GAS do Décimo Terceiro Salário e do Adicional de Férias, pois, além destes últimos serem direitos assegurados pela Constituição Federal** (art. 7º, incisos VIII, XVII e XVI, art. 39, parágrafo 3º - CF), a todos os trabalhadores em geral, integram o conceito de remuneração, sujeitos, portanto, a incidência do imposto de renda e da contribuição previdenciária, conforme pacífica jurisprudência. Precedentes deste Tribunal. 4. **Deve-se, na hipótese, anular o ato administrativo que determinou a suspensão da incidência da GAS nas vantagens constitucionais supracitadas, a título de Décimo Terceiro Salário e Adicional de férias**, devendo os autores serem ressarcidos dos valores eventualmente não computados a tal título, sobre as referidas vantagens. 5. Apelação e remessa improvidas. (AC 200980000013672, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 13/05/2010 - Página:706.)

O Desembargador Federal Francisco Wildo, na relatoria da apelação Cível 200980000013672, julgada em 4 de maio de 2010, ainda assenta que o sentido normativo da Portaria Conjunta nº 01/2007, dos Tribunais Superiores, não tinha o condão de excluir a GAS do cômputo da gratificação natalina e do terço constitucional de férias, mas de outras gratificações e vantagens que suscitariam dúvida e, assim gerar um efeito cascata indesejado, *in verbis*:

[...] Quando, por meio da Portaria Conjunta nº 1/ 2007, se vedou o cômputo da GAS na base de cálculo de outras gratificações e vantagens, não se quis excluir a incidência da GAS do Décimo Terceiro Salário, nem tão pouco do Adicional de Férias, pois, além destes últimos serem direitos assegurados pela Constituição Federal (art. 7º, incisos VIII, XVII e XVI, art.39, parágrafo 3º -CF), a todos os trabalhadores em geral, integram o conceito de remuneração, sujeitos, portanto, a incidência do imposto de renda e da contribuição previdenciária.

Sobre a questão em deslinde, muito bem se pronunciou o Juiz sentenciante, *in verbis*: “a interpretação dada à restrição imposta pela Portaria Conjunta nº 01, de 07.03.2007, editada pelo STF, CNJ, CJF, CSJT, dos Presidentes de Tribunais Superiores e do TJDFT, que vedou o cômputo da GAS na base de cálculo de outras gratificações ou vantagens, conforme prevista no anexo III do ato normativo não teve o desiderato de excluir a Gratificação Natalina e o Adicional de 1/3 de férias, mas sim, outras gratificações e vantagens que poderiam permitir a dúvida sobre a sua inclusão no cálculo e assim gerar um efeito cascata não desejado aos cofres públicos”. [...]



O direito de servidores terem a gratificação natalina e o terço de férias calculado com base na remuneração integral, considerando-se para tanto gratificações pagas de forma permanente, encontra sólida uniformidade em Tribunais estaduais. Observa-se que tanto o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais como o de São Paulo já uniformizaram sua jurisprudência no sentido da tese ora sustentada, senão veja-se:

ACÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. FUNED (FUNDAÇÃO EZEQUIEL DIAS). INCLUSÃO DA GIEFS NA BASE DE CÁLCULO DO TERÇO DE FÉRIAS. DIREITO CONSTITUCIONAL. PRESCRIÇÃO. **O conceito de remuneração abrange a soma de todas as parcelas recebidas pelo servidor, englobando, além do vencimento, gratificações, adicionais e vantagens pessoais.** O servidor público da Fundação Ezequiel Dias - FUNED tem direito ao recebimento do terço de férias, com inclusão na base de cálculo da GIEFS, vantagem pecuniária paga mensalmente em valor fixo. O julgamento de uniformização de jurisprudência pacificou o direito de o servidor ter o décimo terceiro salário e terço de férias calculados com base no valor recebido a título de Gratificação de Incentivo à Eficientização dos Serviços - GIEFS (Incidentes de Uniformização de Jurisprudência 1.0024.10.090327-7/002 e 1.0024.10.115229-6/003). Nas ações ajuizadas contra a Fazenda Pública com o objetivo de cobrar parcelas remuneratórias, a prescrição é quinquenal, tal como prevista no art. 1º do Decerto nº 20.910/32, lei específica que regula a matéria nas relações jurídicas em que é devedora, e que prevalece sobre os prazos genéricos estabelecidos na lei adjetiva civil. (TJ-MG - AC: 10024121295364001 MG, Relator: Wander Marotta, Data de Julgamento: 30/04/2014, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/05/2014)

SERVIDOR ESTADUAL. Prêmio de Incentivo. LE nº 8.975/94, alterada pelas LE nº 9.185/95, 9.463/96, regulamentada pelo DE nº 41.794/97. Décimo terceiro salário e terço de férias. Sexta parte. Base de cálculo. Revisão. – 1. Prêmio de incentivo. Incorporação. **O Prêmio de Incentivo tem por finalidade a melhoria do desempenho do serviço e é pago aos servidores em exercício nas unidades da Secretaria da Saúde que não estejam recebendo ou venham a perceber vantagem pecuniária de qualquer natureza ou fundamento custeado com recursos do Ministério da Saúde/SUS-SP; não é paga a todos os servidores e não se incorpora aos vencimentos para nenhum efeito,** conforme vedação do art. 4º da LE nº 9.875/94. – 2. Prêmio de incentivo. 13º salário. **Não tem o legislador liberdade plena para excluir vantagens do cálculo da gratificação de natal. O prêmio de incentivo instituído pela LE nº 8.975/94 tem natureza remuneratória e não pode, sob pena de contrariedade ao art. 8º, VIII da CF, 124, § 3º da CE e art. 1º da LCE nº 644/89, ser excluído do cálculo do 13º salário.** – 3. Prêmio de incentivo. 1/3 de férias. O art. 176 § 4º da LE nº 10.261/68 prevê que durante as férias, o servidor terá direito a todas as vantagens como se estivesse em exercício; tanto que o Prêmio de Incentivo é pago nas férias. Se é pago nas férias, entra no cálculo do terço constitucional, que corresponde a um terço do que foi pago nelas. Inexistência de vedação no art. 4º da lei local,

pois o terço constitucional não constitui uma 'vantagem' no sentido usual. – 4. Sexta-parte. Base de cálculo. A sexta parte incide sobre os vencimentos integrais, excetuadas as vantagens eventuais e aquelas que tenham a sexta parte em sua base de cálculo. Distinção de verbas 'incorporadas', 'permanentes', 'eventuais' e 'não eventuais'. **Aplicação do entendimento uniformizado: IUJ nº 193.485.1/6-00.** [...] Trata-se de processo repetido e de baixa complexidade, ante a jurisprudência assente. Honorários alterados. – Procedência. Reexame e recurso do Estado provido em parte. (TJ-SP - APL: 10072119020148260451 SP 1007211-90.2014.8.26.0451, Relator: Torres de Carvalho, Data de Julgamento: 19/10/2015, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 20/10/2015)

Isto é, os diversos precedentes firmados acatam a máxima efetividade constitucional, firmando a tese de que as gratificações permanentes percebidas sobre vencimento básico irão refletir no cálculo da gratificação natalina e no terço constitucional de férias.

Além disso, a integridade do direito aponta a inexistência de qualquer conflito normativo, porém mera aplicação equivocada e, nesse ponto ilegal, do direito constitucional e infraconstitucional aplicável ao presente caso.

Tanto o art. 7º, VIII e XVII da Constituição como os arts. 41, 63 e 76 da Lei nº 8.112/1990 corroboram a literalidade do Texto Constitucional a fim de que a gratificação natalina e o terço de férias de servidores públicos incidam sobre a remuneração integral dos servidores. Nesse aspecto, o sistema normativo é uníssono, inexistindo espaço de tensão normativa ou principiológica e qualquer decisão, judicial ou administrativa, que destoe desse sentido literal acabará por violar a Constituição da República e as normas infraconstitucionais referidas.

Nesse sentido, lembra Canotilho que "*o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. (...) o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão (...) existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios*"¹⁶.

Dessa forma, observa-se que a decisão administrativa impugnada contrariou a unidade do Direito, merecendo ser salvaguardada a efetividade da Constituição da República ante a notória infringência pela Ré. Igualmente, os deveres

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª Ed., Coimbra: Almedina, 1991, p. 162

de manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, indicam o julgamento de procedência dos pedidos versados na inicial.

3.3. Sobre a vedação ao enriquecimento sem causa

Outra face do procedimento adotado pela Ré é a do enriquecimento sem causa.

Ao desconsiderar parcela correspondente a 35% do vencimento básico dos substituídos **da remuneração integral utilizada como base de cálculo do décimo terceiro salário e do adicional de férias**, a União auferiu um ganho econômico indevido eis que está logrando proveito econômico com a supressão de um direito incontestes.

Para casos assim o legislador pátrio teve por bem inserir no atual Código Civil o artigo 884, com a determinação de obrigatoriedade de restituição dos valores indevidamente auferidos, atualizados.

“**Art. 884.** Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

Ao conceituar o enriquecimento ilícito, diz ORLANDO GOMES:

“Há empobrecimento ilícito quando alguém, a expensas de outrem, obtém vantagem patrimonial sem causa, isto é, sem que tal vantagem se funde em dispositivo de lei ou em negócio jurídico anterior. São necessários os seguintes elementos: a) o enriquecimento de alguém; b) o empobrecimento de outrem; c) o nexó de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento; d) a falta de causa ou a causa injusta.”¹⁷

Assim, por violação manifesta à vedação ao enriquecimento sem causa, constante do artigo 884 do Código Civil, deve a Ré considerar a parcela auferida a título de GAS na base de cálculo do adicional de férias e do décimo terceiro salário e restituir o que indevidamente não pagou no passado.

No caso em comento, constata-se a presença dos requisitos referidos pelo civilista: o enriquecimento da Administração, o empobrecimento dos autores (que tiveram suprimido parcela da gratificação natalina e do terço constitucional de férias pela negativa da Ré em aplicar a base de cálculo correta abrangendo os valores percebidos a título de GAS), o nexó de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento, e a causa injusta para o locupletamento, qual seja, a completa inobservância do Texto Constitucional e infraconstitucional sobre a matéria descritos no item 3.1.

¹⁷ Orlando Gomes. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 306.

Se o ordenamento jurídico teve o cuidado de referir expressamente a proibição ao enriquecimento sem causa, o Superior Tribunal de Justiça apresenta posição pacífica no mesmo sentido, do que é exemplo:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. IPTU. TRIBUTO PAGO INDEVIDAMENTE. RESTITUIÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. POSSIBILIDADE. 1. Mantenho a decisão pelos mesmos fundamentos, **pois aquele que pagou tributo indevidamente tem direito à restituição. Entender o contrário implicaria ferimento ao princípio da proibição do enriquecimento sem causa.** (...) (Superior Tribunal de Justiça. AGRESP 200501909978, MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, 27/05/2009)

JAMES MARINS apresenta os fundamentos que determinam a devolução dos valores indevidamente auferidos, no que tange à Administração Pública:

“A devolução de valores pagos indevidamente, em qualquer caso, é reflexo precípua de efetivação da justiça social, em conformidade com os parâmetros de conduta que norteiam a vida em sociedade. Além disso, é regra amplamente entabulada no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em se tratando da restituição de tributos recolhidos a maior.
Além disso, a CF ainda impõe a observância dos princípios da moralidade, da responsabilidade objetiva do Estado, da isonomia, da ampla defesa, **da justa indenização, da equivalência, do devido processo legal, entre outros não menos importantes, todos afetos à confirmação do instituto acima descrito.** (MARINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro: administrativo e judicial. 4ª Ed. Dialética: São Paulo, 2005. p. 435)

Observe-se que, apesar de James Marins tratar da devolução de valores indevidamente recolhidos, a lição se aplica ao caso em análise, tendo em vista que, ao indeferir o pagamento nos moldes devidos da gratificação natalina e do adicional de férias, a demandada subtrai parcela alimentar dos substituídos.

Nessa esteira, percebe-se que a vedação ao enriquecimento sem causa da Administração decorre da aplicação de regras da Constituição da República. Em verdade, o enriquecimento sem causa em prejuízo dos oficiais viola o princípio da moralidade imposto pelo *caput* do artigo 37 da Lei Maior.

Sobre o tema, veja-se o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DESOBEDIÊNCIA AOS DITAMES LEGAIS. CONTRATO DE QUANTIA



VULTOSA. DESIGNAÇÃO DA MODALIDADE “TOMADA DE PREÇOS” NO LUGAR DE “CONCORRÊNCIA PÚBLICA”. INSERÇÃO NO EDITAL DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME E ESTABELECIMENTO DE CLÁUSULAS QUE PERMITIRAM PREFERÊNCIAS E DISTINÇÕES INJUSTIFICADAS. DESVIRTUAMENTO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO CONFIGURADA. NULIDADE. PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU. (...).

5. O dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O **princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade**, não podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé. 6. Recursos especiais improvidos.”

(Superior Tribunal de Justiça. RESP 200301298896, JOSÉ DELGADO, STJ - PRIMEIRA TURMA, 19/04/2004)

“ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ATRASOS. INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA NO RETARDAMENTO NO PAGAMENTO DE FATURAS. VEDAÇÃO DO LOCUPLETAMENTO ILÍCITO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 37, CAPUT. IRRELEVÂNCIA DOS ADITIVOS, REAJUSTES E DA ADEQUAÇÃO DO CONTRATO AOS TERMOS DA LEI 8.880/94. ILICITUDE DE CLÁUSULA QUE CAUSE O LOCUMPLEMENTO ILÍCITO DE UMAS PARTES. CCB, ARTS 145, III E 964.

I- A vedação do locupletamento ilícito, no contexto das relações públicas, tem sede constitucional, no âmbito do princípio da moralidade. (...)

IV- Recurso e remessa oficial improvidos.”

(Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC 199801000619876, JUIZA VERA CARLA CRUZ (CONV.), TRF1 - QUARTA TURMA, 23/11/2000)

Assim, sob pena de violação ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, constante do artigo 884 do Código Civil, e ao princípio da moralidade, previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, devem ser deferidos os pedidos aduzidos ao final, para que a demandada seja condenada ao pagamento dos retroativos da gratificação natalina e do adicional de férias previstos no art. 7º, VIII e XVII da Constituição da República e nos arts. 63 e 76 ss da Lei nº 8.112/1990, considerando na base de cálculo os valores percebidos a título de Gratificação de Atividade de Segurança, ressalvadas as parcelas prescritas.

3.4. Sobre a vedação ao trabalho gratuito

Diz o artigo 4º da Lei 8.112/90:

“Art. 4º É proibida a prestação de serviços gratuitos, salvo os casos previstos em

lei.”

A negativa do pagamento da gratificação natalina e do adicional de férias sobre a GAS, torna o trabalho parcialmente gratuito neste aspecto.

Com efeito, o trabalho gratuito se configura não somente na ausência de contraprestação devida, mas também na remuneração que não contempla todas as parcelas devidas ou não satisfaz o passivo correspondente.

Afirma Mauro Roberto Gomes de Mattos:

“A prestação de serviços gratuitos é vedada por lei, pois não é lícita a exploração do ser humano, quer pelo Estado, quer pelo particular. Veda, portanto, o presente art. 4º a locupletação do ente público, as custas de serviços gratuitos de quem quer que seja.”¹⁸

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso especial, à unanimidade, reconheceu esse entendimento, conforme se percebe da ementa abaixo:

“RESP - FUNCIONARIO DE FATO - TRABALHO - PAGAMENTO - O TRABALHO, POR SUA NATUREZA, E REMUNERAVEL. E **VEDADO O TRABALHO GRATUITO**. SE O ESTADO SE BENEFICIOU DE SERVIÇO DE TERCEIRO, CUMPRE EFETUAR O PAGAMENTO. NÃO SE INVOCA, NO CASO, A CONDIÇÃO DE FUNCIONARIO PUBLICO, MAS REMUNERAÇÃO PELA VANTAGEM RECEBIDA”.

(STJ, Sexta Turma, Relator Juiz Vicente Cernicchiaro, processo nº 199400145110, SC, publicado no DJ de 08/08/1994, p. 19577)

O não pagamento da gratificação natalina e do adicional de férias sobre a GAS, torna o trabalho dos autores gratuito nos períodos respectivos, eis que não ocorreu a correta contraprestação pecuniária, na forma prescrita em lei.

Assim, deve ser condenada a demandada ao pagamento dos valores retroativos da gratificação natalina e do adicional de férias sobre a GAS, sob pena de exploração do trabalho dos autores de forma gratuita.

3.4. Sobre a vedação ao trabalho gratuito

Cabe ainda, referir que a incidência da Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça¹⁹, tendo em vista a relação jurídica entre as partes possuir natureza

¹⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada*, Ed. América Jurídica – 1ª Edição. Rio de Janeiro, 2005.

¹⁹ Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça: “Nas relações jurídicas de trato sucessivo, em que a fazenda pública figure como Devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge

de obrigação de trato sucessivo, senão confira-se a jurisprudência do Tribunal da Cidadania:

PROCESSO CIVIL. GRATIFICAÇÃO NATALINA. NEGATIVA DE DIREITO NA VIA ADMINISTRATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 85/STJ. RENOVAÇÃO PERIÓDICA. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. PRESCRIÇÃO DE FUNDO AFASTADA. 1. Não ocorre prescrição de fundo quando inexistente manifestação da Administração no sentido de negar o direito pleiteado. 2. No caso, o direito de receber as gratificações natalinas configura relação de trato sucessivo; prescrevem, apenas, as parcelas vencidas antes do quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, a teor da Súmula n. 85/STJ. 3. Agravo regimental improvido (STJ - AgRg no REsp: 974423 RN 2007/0181531-7, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 16/12/2008, QUINTA TURMA, Data de Publicação DJe 02/03/2009)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PENSIONISTA. GRATIFICAÇÃO NATALINA. PRESCRIÇÃO. SÚMULA 85/STJ. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Trata-se de relação jurídica continuada, cuja lesão ao direito renova-se a cada vez que a Administração deixar de pagar a vantagem funcional pretendida. 2. Não tendo a Administração negado o próprio direito do autor, não há se falar em prescrição do fundo de direito, pois não se discute situação jurídica fundamental, mas tão-somente das parcelas prescritas há mais de cinco anos, nos termos da Súmula 85/STJ. 3. Agravo regimental improvido (STJ - AgRg no REsp: 800009 RN 2005/0196137-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 19/03/2009, SEXTA TURMA, Data de Publicação DJe 13/04/2009)

Aliás, a decisão administrativa proferida nos autos do processo ... interrompe a prescrição, sendo que não decorreu o prazo de prescrição de fundo de direito.

4. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, em favor dos substituídos que se encontrem na situação fática relatada, pede:

(a) a citação da demandada, na pessoa do seu representante legal, para que apresente defesa;

(b) o julgamento de procedência dos pedidos, para:

(b.1) declarar o direito dos substituídos à gratificação natalina e ao adicional de férias (artigos 63 e 76 da Lei 8.112, de 1990) calculados

apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação."

com base na remuneração integral, computando-se para esse fim o valor da gratificação de atividade de segurança (artigo 17 da Lei 11.416, de 2006);

(b.2) em virtude desse direito reconhecido, **anular** a decisão administrativa proferida pelo Órgão Especial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região nos autos do Processo Administrativo nº TRT/e-PAD 16841/2015, ante seu vício de legalidade flagrante nos termos do art. 7º, VIII e XVII combinados com o art. 39, § 3º da Constituição da República e o princípio da legalidade (art. 5, I), bem como os arts. 41, 63 e 76, todos da Lei nº 8.112/1990

(b.3) condenar a demandada em:

(b.3.1) obrigação de fazer, para que sejam consideradas as parcelas de gratificação de atividade de segurança auferidas pelos substituídos no cálculo de gratificações natalinas e adicionais de férias pagos administrativamente;

(b.3.2) pagar aos substituídos o passivo devido às diferenças entre os valores pagos a título de gratificação natalina e do adicional de férias (artigos 63 e 76 da Lei 8.112, de 1990) e os valores desses direitos trabalhistas calculados com base na remuneração integral, computando-se para esse fim o valor da gratificação de atividade de segurança (artigo 17 da Lei 11.416, de 2006), ressaltando-se as parcelas prescritas, tudo acrescido de juros e correção monetária;

(b.3.3) condenar a demandada ao pagamento das custas, despesas e honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor da condenação, com base no artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil²⁰;

(c) a produção de toda prova aceita em Direito, notadamente a documental, testemunhal e pericial;

(d) a atribuição à causa do valor de R\$ 14.713,95 (catorze mil,

²⁰ Código de Processo Civil: "Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: I - o grau de zelo do profissional; II - o lugar de prestação do serviço; III - a natureza e a importância da causa";

setecentos e treze reais e noventa e cinco centavos)²¹;

(e) Por fim, requer a expedição das publicações em nome do advogado Rudi Meira Cassel, OAB/DF 22.256, nos termos do artigo 272, § 2º, do Código de Processo Civil²², sob pena de nulidade, conforme a jurisprudência²³;

A parte autora manifesta-se pela **dispensa** da realização de audiência de mediação ou conciliação, nos termos do inciso VII do artigo 319 do Código de Processo Civil²⁴.

Belo Horizonte, 18 de abril de 2016.

Daniel Felipe de Oliveira Hilário
OAB/MG 124.356

²¹ De acordo com os arts. 291, 292, inciso I, §§ 1º e 2º do CPC, o valor da causa foi calculado com base nas diferenças decorrentes da gratificação natalina e do adicional de férias caso fossem considerados os valores percebidos a título de gratificação de segurança, tomando-se por paradigma a remuneração de um Técnico Judiciário, da especialidade Agente de Segurança, Classe B, Padrão 8, corrigindo-se os valores a partir do dia 21 de dezembro de cada ano, com incidência de juros de mora a partir da lesão e considerando-se o quinquênio anterior ao ajuizamento da ação (parcelas vencidas) e a parcela vincenda do exercício presente. Assim, alcançou-se a diferença de R\$ 1.663,36 (hum mil, seiscentos e sessenta e três reais e trinta e seis centavos) por período aquisitivo, perfazendo o total de R\$ 14.713,95 (catorze mil, setecentos e treze reais e noventa e cinco centavos). Esta situação corrente no cotidiano representa a posição média dos substituídos processuais, e é o valor médio pretendido para cada substituído, que será oportunamente calculado no momento processual próprio (STJ, AGRESP 1.184.105), que não podem ser individualizados porquanto se está diante de legitimação extraordinária. É o que também sustenta a jurisprudência do TRF da 1ª Região (AG 2000.01.00.006626-1/DF, Juiz Plauto Ribeiro, Primeira Turma, DJ 06/11/2000, p. 18; AG 96.01.38825-7/AP, Juiz Amílcar Machado, Primeira Turma, DJ 12/02/2001, p. 11; AC 2000.34.00.021358-0/DF, Desembargador Antonio Savio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, DJ de 07/04/2003, p. 35; AG 2001.01.00.001930-7/DF, Desembargador Federal Eustaquio Silveira, Primeira Turma, DJ de 28/02/2003, p. 67; e AG 2001.01.00.001929-7/DF, Desembargador Federal Antonio Savio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, DJ de 18/11/2002, p. 87).

²² Código de Processo Civil: "Art. 272. (...) § 2º Sob pena de nulidade, é indispensável que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, com o respectivo número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, ou, se assim requerido, da sociedade de advogados. (...)"

²³ "É inválida intimação efetuada em nome de apenas um dos advogados constituídos nos autos se existe pedido expresso para que a publicação seja realizada em nome de outro patrono." (STJ, AgRg no Ag 1255432, Ministro João Otávio de Noronha, 4ª Turma, j. 24/08/2010, DJe 09/09/2010).

²⁴ Código de Processo Civil "Art. 319. A petição inicial indicará: [...] VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação".



Resumo do Cálculo: O valor da causa foi calculado com base nas diferenças decorrentes da gratificação natalina e do adicional de férias caso fossem considerados os valores percebidos a título de gratificação de segurança, tomando-se por paradigma a remuneração de um Técnico Judiciário, da especialidade Agente de Segurança, Classe B, Padrão 8, corrigindo-se os valores a partir do dia 21 de dezembro de cada ano, com incidência de juros de mora a partir da lesão e considerando-se o quinquênio anterior ao ajuizamento da ação (parcelas vencidas) e a parcela vincenda do exercício presente, até a data de 28/03/2016. Assim, alcançou-se a diferença de R\$ 1.663,36 (hum mil, seiscentos e sessenta e três reais e trinta e seis centavos) por período aquisitivo, perfazendo o total de R\$ 14.713,95 (catorze mil, setecentos e treze reais e noventa e cinco centavos).

Técnico Judiciário, Especialidade Agente de Segurança, Classe B, Padrão 8						
Base de Cálculo		VB + GAS	Vencimento Básico	Diferença		
		R\$ 3.564,43 + R\$ 1.247,55	R\$ 3.564,43	-		
Gratificação Natalina		R\$ 4.811,98	R\$ 3.564,43	R\$ 1.247,55		
Adicional de Férias		R\$ 1.603,83	R\$ 1.188,02	R\$ 415,81		
Subtotal pela soma da diferença da Gratificação Natalina e do Adicional de Férias considerando a GAS percebida na base de cálculo				R\$ 1.663,36		
Parcelas Vencidas						
Data do Valor Devido	Valor Devido	Fator CM	Valor Corrigido	Juros %	Juros R\$	Corrigido + Juros R\$
21/12/2015	R\$ 1.663,36	1,0339661	R\$ 1.719,85	4,00%	R\$ 68,79	R\$ 1.788,64
21/12/2014	R\$ 1.663,36	1,1473651	R\$ 1.908,48	16,00%	R\$ 305,35	R\$ 2.213,83
21/12/2013	R\$ 1.663,36	1,2200374	R\$ 2.029,36	28,00%	R\$ 568,22	R\$ 2.597,58
21/12/2012	R\$ 1.663,36	1,2881597	R\$ 2.142,67	40,00%	R\$ 857,06	R\$ 2.999,73
21/12/2011	R\$ 1.663,36	1,3648738	R\$ 2.270,27	52,00%	R\$ 1.180,54	R\$ 3.450,81
Subtotal						R\$ 13.050,59
Parcela Vincenda						R\$ 1.663,36
Total Geral						R\$ 14.713,95