

**Gratificação natalina. Pagamento proporcional. Aplicação analógica do artigo 105 da lei complementar nº 10.098/94. Revisão da orientação jurídico-administrativa.**

Vem a esta Equipe de Consultoria expediente concernente a ação judicial movida por herdeiros de servidor estadual, na qual postulado pagamento da gratificação natalina do ano de 2010, de forma proporcional até a data do óbito.

Tendo em vista que, não obstante a orientação jurídico-administrativa veicular posicionamento em sentido contrário ao postulado, o Tribunal de Contas e o Tribunal de Justiça adotam posicionamento distinto e que, em razão da Súmula 280 do STF, não há viabilidade técnica de apreciação da matéria pelos Tribunais Superiores, foi dispensada a apresentação de contestação e autorizada a conciliação em audiência.

Todavia, ultimadas as providências judiciais, considerando que o 13º vencimento constitui direito de matriz constitucional, que a Lei Complementar nº 10.098/94 contempla pagamento de 13º vencimento proporcional na hipótese de exoneração do servidor, viabilizando aplicação analógica no caso de falecimento, uma vez que ambas hipóteses acarretam a vacância do cargo e, bem ainda, que o não pagamento acarretaria enriquecimento indevido da Administração, uma vez que o direito se incorpora mensalmente ao patrimônio do servidor, o Coordenador da Procuradoria de Pessoal encaminhou o expediente para exame da viabilidade de revisão da orientação jurídico-normativa.

É o relatório.

A orientação mais recente desta Procuradoria-Geral acerca do pagamento do 13º vencimento proporcional é a que consta do Parecer 14.925/2009, in verbis:

"A Constituição Federal assegura aos trabalhadores, no artigo 7º, item VIII, "13º salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria", direito estendido aos servidores públicos pela disposição do § 3º do artigo 39. O direito para aposentados e pensionistas vem expresso no § 6º do artigo 201, extensível ao regime próprio por previsão do artigo 40, § 12.

A Constituição do Estado, por seu turno, no artigo 29, III, estabeleceu aos servidores públicos civis o "décimo terceiro salário ou vencimento igual à remuneração integral ou no valor dos proventos de aposentadoria". A Lei Complementar nº 10.098/94 determinou que aos servidores públicos somente fosse concedida gratificação natalina se estivessem no desempenho de suas funções no mês de dezembro, in verbis:

Art. 104 - Será concedida ao servidor que esteja no desempenho de suas funções uma gratificação natalina correspondente a sua remuneração integral devida no mês de dezembro.

§ 1º - A gratificação de que trata este artigo corresponderá a 1/12 (um doze avos) da remuneração a que fizer jus o servidor, no mês de dezembro, por mês de efetivo exercício, considerando-se as frações iguais ou superiores a 15 (quinze) dias como mês integral.

§ 2º - O pagamento da gratificação natalina será efetuado até o dia 20 (vinte) do mês de dezembro de cada exercício.

§ 3º - A gratificação natalina é devida ao servidor afastado de suas funções, sem prejuízo da remuneração e demais vantagens.

Art. 105 - O servidor exonerado terá direito à gratificação natalina, proporcionalmente aos meses de exercício, calculada na forma do § 1º do artigo anterior, sobre a remuneração do mês da exoneração.

Art. 106 - É extensiva aos inativos a percepção da gratificação natalina, cujo cálculo incidirá sobre as parcelas que compõem seu provento.

Deixou a lei, portanto, de se ocupar dos servidores que vierem a falecer (em atividade ou na inatividade) ou se inativar antes do mês de dezembro, bem como daqueles que, efetivos durante o ano civil, não o estejam em dezembro, pois previu o pagamento de gratificação natalina proporcional apenas aos servidores que não tenham 12 meses de efetivo exercício em dezembro e aos que venham a ser exonerados antes desse mês.

A ausência de disposição expressa tem levado as questões ao Judiciário local que, segundo

pesquisa no sítio oficial, tem decidido pelo pagamento proporcional aos servidores cedidos, em gozo de LTI, em substituição e falecidos (neste caso aos sucessores), aplicando analogicamente o artigo 105 da LC nº 10.098/94, pois que o rompimento do vínculo por morte se equipara ao rompimento pela exoneração. Ademais, acrescenta-se a vedação ao enriquecimento sem causa do Estado.

Esta Procuradoria-Geral do Estado, em obediência à estrita legalidade, firmou entendimento de que somente faz jus à gratificação natalina o servidor (ativo ou inativo) que esteja efetivo no mês de dezembro, não sendo devido o pagamento proporcional (casos de morte, cedência, licença para tratamento de interesses, licença para acompanhar cônjuge), exceto quando a lei expressamente o prevê e detalha (Pareceres nº 7.120/87, nº 8.404/90, nº 9.532/93, nº 10.270/94, nº 11.054/96, nº 11.191/96, nº 11.824/97 e nº 13.967/04).

Não há, porém, manifestação sobre os servidores que tenham se inativado antes do mês de dezembro, o que se deve, presumivelmente, ao fato de que a esses era paga a gratificação natalina integral, como é até hoje, com lastro provável na unicidade da fonte pagadora. Essa interpretação, oriunda do órgão pagador ao que tudo indica, não se sustentaria após a EC 41/03 que estabeleceu órgão gestor único do regime próprio (§ 20, art. 40 da CF/88).

O Tribunal de Justiça do Estado, em apelação interposta contra o Município de Gravataí, assim se manifestou:

'A legislação municipal (Lei 681, de 26.12.1991), ao regulamentar a indenização por gratificação natalina e por férias, assim disciplina, respectivamente:

"Art. 90. O servidor demitido ou exonerado perceberá sua gratificação natalina, proporcionalmente aos meses de efetivo exercício, calculado sobre a remuneração do mês da demissão ou exoneração."

Art. 111. No caso de exoneração ou demissão será devido ao servidor a remuneração correspondente ao período de férias cujo direito tenha adquirido, na proporção de um doze avos por mês de serviço efetivo, observados os critérios enunciados pelo artigo 101."

Na legislação municipal, não há a previsão legislativa concedendo direito à indenização de gratificação natalina ou por férias não-gozadas ao servidor em decorrência da sua inativação.

O ponto nodal de elucidação da questão não se refere à existência de previsão constitucional dos direitos à gratificação natalina ou décimo terceiro salário ou a férias do servidor público, a peculiaridade da questão situa-se em saber se há direito ao pagamento de indenização desses direitos em razão da aposentação do servidor.

Os direitos sociais, na esfera estatutária, ante a previsão constitucional insculpida no art. 7º, incisos VIII e XVII, da CF, em determinados casos, efetivamente, não são auto-aplicáveis, tendo em vista a necessidade de previsão legal do ente federado, que não se limita à reprodução do texto constitucional, envolvendo além disso a necessidade de aprovação de lei orçamentária que compreenda a despesa criada, nos termos do art. 165, e 167, da CF.

No caso concreto, a rigor não está sendo postulada a concreção dos direitos à gratificação natalina ou ao gozo de férias, mas sim a concessão de indenização em decorrência da inativação do servidor.

O direito à indenização, por sua vez, encontra previsão apenas para os casos de exoneração ou demissão.

De tal sorte, não é lícito concluir que o servidor aposentado voluntariamente por tempo de serviço tenha direito à indenização dessas rubricas.' (AC nº 70013140249, 3ª Câm. Cív., rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. em 30-mar-2006)

Quanto aos pensionistas, entretanto, a Lei nº 8.495/87 é clara ao estabelecer que o cálculo da pensão "será efetuado na razão de 1/12 (um doze avos) por mês de percepção, quando os benefícios forem concedidos no exercício, considerando-se mês completo a parcela superior a 15 dias" (art. 3º).

Para os trabalhadores empregados, seja da iniciativa privada, seja na esfera pública, o décimo terceiro salário é regulado pela Lei federal nº 4.090/62, in verbis:

Art. 1º - No mês de dezembro de cada ano, a todo empregado será paga, pelo empregador, uma gratificação salarial, independentemente da remuneração a que fizer jus.

§ 1º - A gratificação corresponderá a 1/12 avos da remuneração devida em dezembro, por mês de serviço, do ano correspondente.

§ 2º - A fração igual ou superior a 15 (quinze) dias de trabalho será havida como mês integral para os

efeitos do parágrafo anterior.

§ 3º - A gratificação será proporcional:

I - na extinção dos contratos a prazo, entre estes incluídos os de safra, ainda que a relação de emprego haja findado antes de dezembro; e

II - na cessação da relação de emprego resultante da aposentadoria do trabalhador, ainda que verificada antes de dezembro.

(...)

Art. 3º - Ocorrendo rescisão, sem justa causa, do contrato de trabalho, o empregado receberá a gratificação devida nos termos dos parágrafos 1º e 2º do art. 1º desta Lei, calculada sobre a remuneração do mês da rescisão.

A Lei federal nº 4.749/65 complementou determinando que a gratificação "será paga pelo empregador até o dia 20 de dezembro de cada ano" (art. 1º) e que "entre os meses de fevereiro e novembro de cada ano, o empregador pagará, como adiantamento da gratificação ..., de uma só vez, metade do salário recebido pelo respectivo empregado no mês anterior" (art. 2º).

A legislação e seu regulamento (Decreto federal nº 57.155/65) não deixam dúvida que a gratificação salarial é adquirida mês a mês, embora o pagamento pelo empregador deva se dar em duas parcelas, a primeira entre fevereiro e novembro do ano civil e a segunda, no máximo, até 20 de dezembro. O pagamento será proporcional aos meses trabalhados, exceto aos que tiverem seus contratos rescindidos por justa causa.

Com certeza tal normatização não é aplicável aos servidores públicos do Estado, adquirindo a gratificação natalina "o perfil jurídico do regime de trabalho que integra", como assentado no Parecer nº 8.404/90, de lavra da Procuradora do Estado Sandra Maria Lazzari, de forma que deve ser interpretada à luz das disposições constitucionais e legais anteriormente transcritas, assim originada a orientação administrativa expressa nos Pareceres já mencionados.

Há que se considerar, porém, que, atendendo diligência solicitada, a Equipe Estatutária da Procuradoria de Pessoal confirma pesquisa já efetivada pela signatária quanto à posição do Tribunal de Justiça do Estado, cujas "decisões são unânimes no sentido de que os sucessores fazem jus ao décimo terceiro proporcional, até o último dia trabalhado pelo servidor falecido", acrescentando que "não foram localizadas decisões sobre a matéria no âmbito dos Tribunais Superiores", como não poderia deixar de ser, já que procedentes as ações não pode o Estado recorrer por se tratar de ofensa à lei local (óbice da Súmula STF nº 280).

Da jurisprudência local destaca-se:

**APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA PARA INTERESSE PARTICULAR - 13º SALÁRIO PROPORCIONAL. POSSIBILIDADE DE PERCEBER A GRATIFICAÇÃO NATALINA. APLICAÇÃO DOS ARTS. 104, § 3º E 105 DA LEI ESTADUAL Nº 10.098/94, CONFORME DISPÕE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ARTS. 7º, INC. VIII, E 39, § 2º) E A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL (ART. 29, INC. III). PRECEDENTES DESTA E. CORTE - ISENÇÃO DA TAXA JUDICIÁRIA. POSSIBILIDADE, EM FACE DAS DISPOSIÇÕES PREVISTAS NO ART. 40 E INCISO XVI, DA LEI ESTADUAL N. 8.960/89 - CARTÓRIO ESTATIZADO. CUSTAS E EMOLUMENTOS. CONDUÇÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA. ISENÇÃO, CONSOANTE O DISPOSTO NA LEI Nº 8.121/85, ART. 11, PARÁGRAFO ÚNICO, E LEI Nº 7.305/79, ART. 29, § 1º, COM A REDAÇÃO DADA PELO ART. 1º DA LEI 10.972/97. Apelo provido em parte. (AC nº 70024511867, 4ª Câmara Cív., rel. Des. João Carlos Branco Cardoso, j. em 25-jun-2008).**

No mesmo sentido: 70021493887, 70003017316, 70003006707 e 598210300.

**"SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO. FALECIMENTO. GRATIFICAÇÃO NATALINA PROPORCIONAL. DIREITO À PERCEPÇÃO PELOS SUCESSORES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.**

**À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (AC e RN nº 70006761548, 3ª Câmara Cív., rel. Des. Mário Crespo Brum, j. em 13-nov-2003)**

**APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. SUBSTITUIÇÃO. DIREITO À PERCEPÇÃO DA GRATIFICAÇÃO NATALINA PROPORCIONAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 23, § 1º, DA LEI COMPLEMENTAR 10.990/97 E 104, § 1º, DA LEI 10098/94. Negaram provimento. Unânime. (AC nº 70021962493, 4ª Câmara Cív., rel. Des. Alexandre Mussoi Moreira, j. em 26-mar-2008)**

**REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. GRATIFICAÇÃO NATALINA DE FORMA**

**PROPORCIONAL AOS MESES DE EXERCÍCIO. DIREITO DEMONSTRADO. ADMISSIBILIDADE. SENTENÇA PARCIALMENTE CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. (RN nº 70019263102, 4ª Câm. Cív., rel. Jaime Piterman, j. em 04-jul-2007)**

**SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO NATALINA PROPORCIONAL. FALECIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 104, § 1º, DA LC-RS nº 10.098/94. HERDEIROS. LEGITIMIDADE. O pagamento da gratificação natalina, de forma proporcional, é devido ao servidor estadual com base no art. 104, § 1º, da LC-RS nº 10.098/94, não havendo motivo para excluir o servidor falecido, sob pena de enriquecimento indevido da administração. Legitimidade dos herdeiros sequer questionada pelo apelante. Precedentes desta Corte colacionados. Sentença de procedência mantida. APELAÇÃO IMPROVIDA. (AC nº 70022155675, 3ª Câm. Cív., Tribunal de Justiça do RS, rel. Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, j. em 14-ago-2008).**

**No mesmo sentido: 70020293239, 70022194104, 70008608523, 70007893522, 70007302953, 70006454698, 70006434328, 70004413241, 70000395723, 598251585, 597134311, 597134188 e 594135048.**

O Tribunal de Contas do Estado, responsável pelo controle dos atos da Administração exarou seu parecer de nº 50/98 que originou a presente consulta, como já havia exarado o de nº 159/93 (este anterior à LC nº 10.098/94), ambos garantindo o pagamento proporcional da gratificação natalina.

Não se pode, pois, desconhecer a situação que se vem desenhando: de um lado a orientação administrativa, amparada na legalidade estrita ("La ley, regla jurídica positiva por excelência, es la principal fuente de derecho administrativo". BIELSA, Rafael. Principios de Derecho administrativo. Buenos Aires, 1942, p. 18); de outro, a posição jurisprudencial, coerente com o entendimento do órgão de controle, condenando a Administração ao pagamento da gratificação de forma proporcional a quem não esteja efetivo no mês de dezembro (verdade que pouco significativo o número de ações judiciais em tramitação, consoante informou a Equipe Estatutária).

Alie-se a isso a questão previdenciária, na iminência de não mais permitir o questionável pagamento proporcional a quem se inativar antes do mês de dezembro.

Tais considerações permitem manter, ao menos por ora, a orientação traçada por esta Procuradoria-Geral do Estado e que detém caráter normativo (Parecer 10.270, aprovado pelo Governador do Estado em 6-set-1994), contudo, não sem registrar a necessidade de encaminhamento de projeto de lei que trate expressamente das situações aqui mencionadas.

O parecer é, portanto, pelo indeferimento do pedido, recomendando-se a necessária alteração legislativa"

Vê-se, então, que a orientação administrativa, estribada precipuamente no princípio da legalidade, refuta a possibilidade de pagamento de 13º vencimento proporcional não apenas na hipótese de falecimento do servidor (caso em que o direito assistiria aos sucessores), como também em outras hipóteses nas quais o servidor esteja afastado do exercício de suas funções no mês de dezembro, tais como o gozo de licença para tratamento de interesse, para acompanhar o cônjuge e na cedência (sem ônus para a origem).

Contudo, como fartamente demonstrado no próprio Parecer e também nas manifestações de fls. 06/12 e 13/15 do presente expediente, o posicionamento unísono do Tribunal de Justiça do RS diverge desse entendimento, com fundamento em aplicação analógica do artigo 105 da Lei Complementar nº 10.098/94, equiparando as situações de quebra do vínculo ou mesmo de afastamento do exercício das funções com a exoneração e apontando ainda o enriquecimento indevido da Administração se não houver o pagamento, uma vez que o servidor incorpora a seu patrimônio, a cada mês, 1/12 avos da gratificação natalina.

E do Parecer nº 50/98 do Tribunal de Contas extraio:

"Com efeito, segundo a legislação vigente, preceitua o § 1º do artigo 104 da Lei Complementar nº 10.098/94, o Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, verbis:

'A gratificação natalina de que trata este artigo corresponderá a 1/12 (um doze avos) da remuneração a que fizer jus o servidor, no mês de dezembro, por mês de efetivo exercício, considerando-se as frações iguais ou superiores a 15 (quinze) dias como mês integral."

O direito à décima terceira remuneração é, portanto, direito que se incorpora ao patrimônio do servidor, na proporção de 1/12 (um doze avos) por mês de exercício. Seus efeitos pecuniários são, pois, mensalmente apropriáveis.

Daí resulta que, se o servidor em atividade vem a falecer no curso do exercício, a décima terceira remuneração deverá ser regularmente paga em seu nome, na proporção dos meses por ele trabalhados até a data do falecimento. " (destaques do original)

Desse modo, conquanto não tenha sido promovida a alteração legislativa recomendada no Parecer nº 14.925/09, o posicionamento adotado pelo órgão de controle aliado à posição uníssona do Poder Judiciário, insuscetível de apreciação pelas Instâncias Superiores, estão a indicar a necessidade de revisão da diretriz estabelecida por esta Casa, sob pena de maculação do princípio da igualdade que há de nortear o tratamento a ser conferido a todos os administrados.

E convém que se diga que a utilização da analogia não é estranha ao âmbito do direito administrativo - ainda que de invocação necessariamente parcimoniosa, em face do princípio da legalidade ao qual se vincula o gestor público -, sendo admitida desde que se façam presentes os pressupostos a seguir, extraídos dos inigualáveis ensinamentos de Carlos Maximiliano:

"a) uma hipótese não prevista, senão se trataria apenas de interpretação extensiva;

b) a relação contemplada no texto, embora diversa da que se examina, deve ser semelhante, ter com ela um elemento de identidade;

este elemento não pode ser qualquer, e, sim, essencial, fundamental, isto é, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo. Não bastam afinidades aparentes, semelhança formal; exige-se a real, verdadeira igualdade sob um ou mais aspectos, consistente no fato de se encontrar, num e noutro caso, o mesmo princípio básico e de ser uma só a idéia geradora tanto da regra existente como da que se busca. A hipótese nova e a que se compara com ela, precisam assemelhar-se na essência e nos efeitos; é mister existir em ambas a mesma razão de decidir. (...)" *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, RJ, 2002. 19ª edição; p. 104).

E não resta dúvida que a norma legislativa existente não prevê o pagamento do 13º vencimento proporcional nas hipóteses de falecimento do servidor no decurso do ano, mas há elemento fundamental de identificação entre as hipóteses, uma vez que em ambas ocorre fato impeditivo da percepção do 13º vencimento no momento ordinariamente previsto pela norma reguladora do benefício.

E se, na primeira hipótese, o fato impeditivo acarreta o pagamento na modalidade proporcional, pela razão jurídica de tratar-se de vantagem que se incorpora ao patrimônio do servidor na proporção de 1/12 avos por mês de exercício e, portanto, o não pagamento acarretaria enriquecimento indevido da Administração, tais elementos se fazem presentes também na segunda, de modo a viabilizar o uso da analogia para pagamento do 13º vencimento proporcional aos sucessores do servidor falecido.

Todavia, revisada a orientação em relação ao pagamento do 13º vencimento proporcional na ocorrência de morte do servidor, imperativa também a revisão em relação às hipóteses de licença para tratamento de interesse, licença para acompanhar o cônjuge e cedência (na modalidade sem ônus para a origem), já que nessas hipóteses também ocorre uma interrupção no vínculo - ainda que não revestida de definitividade -, que impede a percepção da gratificação natalina na época legalmente prevista. E, não admitido o pagamento proporcional, uma vez vencido o ano civil, por ocasião do retorno o servidor terá direito somente ao 13º vencimento - integral ou proporcional - relativo ao novo ano, tendo desaparecido o tempo anterior ao afastamento, o que vem em seu inegável prejuízo.

Concluo, então, tendo presente a orientação adotada pelo Tribunal de Contas e a jurisprudência consolidada no âmbito do Tribunal de Justiça e diante da identidade de razão jurídica - assegurar ao servidor a percepção do montante do 13º vencimento já incorporado ao seu patrimônio e evitar o enriquecimento indevido da Administração -, pela viabilidade da aplicação analógica do artigo 105 da LC nº 10.098/94 para fundamentar o pagamento do 13º vencimento proporcional na hipótese de ocorrência de morte do servidor do decurso do ano, bem como nas hipóteses de licença para tratamento de interesse, licença para acompanhar o cônjuge e cedência (sem ônus para a origem), revisados os Pareceres 7.120/87, 7.392/88, 8.404/90, 9.532/93, 10.270/94, 11.054/96, 11.191/96, 11.824/97, 13.967/04 e 14.925/09.

É o parecer.

Porto Alegre, 27 de março de 2012.

**ADRIANA MARIA NEUMANN**

Procuradora do Estado

Expediente nº 00249831000118

**Processo nº 24983-10.00/11-8**

**Acolho as conclusões do PARECER nº 15.715/12, da Procuradoria de Pessoal, de autoria da Procuradora do Estado Doutora ADRIANA MARIA NEUMANN.**

**Em 05 de abril de 2012.**

**Bruno de Castro Winkler,**

**Procurador-Geral Adjunto**

**para Assuntos Jurídicos.**

**De acordo.**

**Encaminhe-se o presente expediente à Coordenação da Procuradoria de Pessoal.**

**Em 05 de abril de 2012.**

**Carlos Henrique Kaipper,**

**Procurador-Geral do Estado.**