



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA SECCIONAL FEDERAL EM PETROLINA -PE**

**EXMO(A). SR(A). JUIZ(A) FEDERAL DA ^a VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA
DE PERNAMBUCO**

**CONTESTAÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA – DIFERENÇAS DE GACEN E
GDPST QUE TERIAM SIDO PAGAS COM ATRASO**

A **FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE (FUNASA)**, entidade federal, integrante da Administração Pública Federal Indireta, vinculada ao Ministério da Saúde, representada pela Procuradoria Seccional Federal em Petrolina, nos termos da Lei nº 10.480/02, vem, através da Procuradora Federal ao final assinada, *ex vi legis* (art. 9º da Lei 9.469/97), apresentar **CONTESTAÇÃO**, nos seguintes termos, aduzindo não ser possível propor conciliação no presente caso.

DO RESUMO DO PEDIDO AUTORAL

Trata-se de ação ordinária interposta em face da FUNASA por servidor ativo, **redistribuído para a União Federal** (Ministério da Saúde) a partir de março 2011, pleiteando **CORREÇÃO MONETÁRIA** pelo alegado atraso no pagamento das seguintes parcelas: a) GDPST de março, abril e maio de 2008, que teria sido paga apenas em setembro de 2008; b) GACEN, de março, abril e maio de 2008, que teria sido paga a partir de setembro de 2008; c) GDPST (diferença de 80 para 100 pontos, decorrente da avaliação dos servidores ativos) que seria devida nos meses de julho de 2010 a julho de 2011, mas que teriam sido pagas apenas em julho de 2011.

Não assiste razão ao autor.

De início, tem-se que a FUNASA é parte ilegítima no tocante ao alegado atraso no pagamento da GDPST em 2011, posto que a parte autora era na época servidor(a) da União.

E quanto ao mérito, tem-se que, para ser devida a correção monetária, deve haver MORA, atraso, no pagamento da verba principal. E tal mora ou não existe ou é

menor do que alegado pelo autor. No tocante à GDPST de março, abril e maio de 2008, na verdade, ela foi paga não em setembro, **MAS SIM EM JUNHO DE 2008 (R\$2.073,00)**. Já as diferenças decorrentes da avaliação dos ativos foram pagas no prazo fixado pelos atos normativos em vigor, a serem mencionados a seguir, não havendo que falar em mora. As diferenças pretendidas foram pagas pouco meses após o período em que seriam devidas, menos de um ano. E não havendo, na Constituição, previsão de reajustes mensais, mas apenas anuais, não há como se possa falar em correção monetária.

A tese autoral, portanto, não merece prosperar, conforme adiante se demonstrará.

PRELIMINARES

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

De logo se verifica que a parte autora busca provimento que é vedado ao Poder Judiciário, donde há carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido.

Com efeito, veja-se entendimento exarado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“Por possibilidade jurídica do pedido entende-se a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência de vedação, no direito vigente, do que se postula na causa” (RT 652/183).

Deveras, postula a parte autora aumento real de remuneração por meio de ato jurisdicional, porém disfarça o referido pedido sob o rótulo de pedido de correção monetária.

Assim, a rotulação do pedido como pedido de pagamento de correção monetária não tem o condão de afastar os requisitos constitucionais próprios para a concessão de vantagens remuneratórias aos servidores públicos.

Ao Judiciário, no entanto, é vedado conceder aumentos aos servidores públicos ativos ou inativos, mesmo que com fundamento na isonomia, **sob pena de afrontar o princípio da independência dos Poderes da República**, consagrado no artigo 2º da Constituição Federal de 1988.

Bem a propósito, atento à referida máxima, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 339, a qual estabelece que:

“SÚMULA 339. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”.

Além disso, mostra-se assente entre os operadores do direito que a matéria ora enfocada – aumento remuneratório – só pode ser objeto de lei de iniciativa exclusiva do Presidente da República, a teor da parte final da alínea "a" do inciso II do parágrafo 1º do art. 61 da Constituição Federal, *verbis*:

“Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

Parágrafo primeiro. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...)

II – disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração”

Sob outro enfoque, veja-se, ainda, a vedação contida no inciso I do parágrafo único do artigo 169 da Constituição Federal:

“Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

Parágrafo único. A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão do pessoal a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes".

Em suma: as normas concessivas de aumentos remuneratórios para os servidores públicos são de iniciativa privativa do Presidente da República, mediante tramitação própria nas Casas Legislativas, não estando o Poder Judiciário autorizado, pela Carta Magna, a fazer vezes de legislador e assim ordenar reajustes desprovidos de lastro orçamentário, sob pena de se instaurar a mais grave das subversões constitucionais.

Evidente, portanto, a impossibilidade jurídica do pedido, a ensejar a extinção do processo, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

DA GDPST PAGA EM 2008 – MORA MENOR DO QUE A ALEGADA PELO AUTOR

No tocante à GDPST referente aos meses de março, abril e maio do ano de 2008, não é verdade que foi paga somente a partir de setembro.

Conforme ficha financeira anexa, tais diferenças foram pagas já em JUNHO DE 2008.

Logo, não ocorreu o atraso alegado pelo autor. Ademais, as diferenças pretendidas foram pagas poucos meses após o período em que seriam devidas, menos de um ano. E não havendo, na Constituição, previsão de reajustes mensais, mas apenas anuais, não há como se possa falar em correção monetária.

O sistema de vencimentos dos servidores públicos não comporta mais reajustes mensais, mas apenas revisão geral anual, conforme índice baixado pelo poder competente (art. 37, X, CF), conclui-se que o direito à correção monetária somente é pertinente quando o pagamento da parcela vencida ocorre após a edição do índice de correção imposto aos vencimentos dos servidores. Nessa hipótese, a atualização monetária é efetivamente devida, e deve ser aplicada proporcionalmente ao tempo decorrido entre a data de vencimento da obrigação e a do seu efetivo pagamento.

No entanto, como revelam as fichas financeiras constantes nos autos, as parcelas da GDPST relativas às competências de março/2008 a maio/2008, e da GACEN, relativas aos meses de março/2008 a maio/2008, foram pagas poucos meses depois do

vencimento de cada uma, não tendo sido editado, nesse ínterim, qualquer reajuste salarial para os servidores públicos federais.

DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA FUNASA – GDPST PAGA EM 2011 APÓS A AVALIAÇÃO DOS SERVIDORES ATIVOS

Também se verifica de maneira evidente que a FUNASA é parte manifestamente ilegítima para a causa. Isso porque a parte autora é servidor(a) da União desde março de 2011.

Logo, não pode a FUNASA responder por qualquer pagamento em atraso da GDPST após tal marco temporal.

Ademais, a regulamentação da GDPST demandava a edição de DECRETO, ato típico do Chefe do Poder Executivo, que somente ocorreu em março de 2010 por meio do Decreto 7.133/2010.

Nesse sentido, a MP 441/08 inseriu as seguintes regras de transição no art. 5º-B da Lei 10.355/06:

§ 7º **Ato do Poder Executivo** disporá sobre os critérios gerais a serem observados para a realização das avaliações de desempenho individual e institucional da GDPST.

§ 8º Os critérios e procedimentos específicos de avaliação de desempenho individual e institucional e de atribuição da GDPST serão estabelecidos em atos dos dirigentes máximos dos órgãos ou entidades de lotação, observada a legislação vigente.

Ora, como poderia a FUNASA regulamentar a aludida gratificação à míngua de mencionado ato regulamentar?

É flagrante, portanto, que a entidade fundacional pública contestante não concorreu, nem poderia, para qualquer dano acaso sofrido pelo autor, devendo ser reconhecida sua ilegitimidade passiva para a causa.

Por fim, repita-se, a parte autora foi redistribuída para a União Federal a partir de março de 2011, conforme ficha do SIAPE em anexo. Logo, também por esse motivo se deve reconhecer a ilegitimidade passiva da FUNASA.

PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

Na eventualidade de julgamento de procedência da demanda, o que não se espera, propugna pelo reconhecimento da prescrição de todas as parcelas anteriores ao quinquênio da propositura da demanda, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32:

Art. 1º - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Assim, deverão ser EXCLUÍDAS da demanda todas as parcelas anteriores ao quinquênio da propositura da demanda. É o que se requer.

MÉRITO – DA DISCIPLINA LEGAL DA GDPST

A Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho é regulada pela lei 11.355/06 e suas diversas alterações. A Medida Provisória 431/08, convertida na Lei 11.784/08, ao alterar alguns artigos da referida Lei 11.355/06, extinguiu a GDASST e criou, em substituição, a GDPST, com efeitos financeiros a partir de março de 2008. Posteriormente, a MP 441/08 inseriu novos dispositivos na lei 11.355/06, regulando situações transitórias e a avaliação funcional dos servidores, terminando a reestruturação da carreira implementada pela Lei 11.784/08.

O art. 39 da MP 431/08, convertida na Lei 11.784/08, tem a seguinte redação:

Art. 39. O art. 5º da Lei nº 11.355, de 19 de outubro de 2006, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º A partir de 1º de março de 2008 e até 31 de janeiro de 2009, a estrutura remuneratória dos servidores integrantes da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho será composta das seguintes parcelas:

I - Vencimento Básico;

II - Gratificação de Desempenho da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho - GDPST;

III - Gratificação Temporária de Nível Superior da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho - GTNSPST, observado o disposto no art. 5º-C desta Lei;

IV - Gratificação de Atividade Executiva, de que trata a Lei Delegada nº 13, de 27 de agosto de 1992; e

V - Vantagem Pecuniária Individual, de que trata a Lei nº 10.698, de 2 de julho de 2003.

§ 1º A partir de 1º de março de 2008, os servidores integrantes da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho não farão jus à percepção das seguintes parcelas remuneratórias:

I - Gratificação de Desempenho de Atividade da Seguridade Social e do Trabalho - GDASST, instituída pela Lei no 10.483, de 3 de julho de 2002; e

II - Gratificação Específica da Seguridade Social e do Trabalho - GESST, instituída pela Lei no 10.971, de 25 de novembro de 2004.

...

Em seu art. 40, a referida Lei regulou a forma de aferição da nova gratificação:

Art. 40. A Lei nº 11.355, de 19 de outubro de 2006, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

“Art. 5º-A. A partir de 1º de fevereiro de 2009, a estrutura remuneratória dos servidores integrantes da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho será composta das seguintes parcelas:

I - Vencimento Básico;

II - Gratificação de Desempenho da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho - GDPST; e

III - Gratificação Específica de Atividades Auxiliares da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho - GEAAPST, observado o disposto no art. 5º-D desta Lei.

§ 1º A partir de 1º de fevereiro de 2009, os servidores integrantes da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho não fazem jus à percepção das seguintes gratificações e vantagens:

I - Gratificação Temporária de Nível Superior da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho - GTNSPST, observado o disposto no art. 5º-C desta Lei;

II - Vantagem Pecuniária Individual - VPI, de que trata a Lei nº 10.698, de 2 de julho de 2003; e

III - Gratificação de Atividade Executiva - GAE, de que trata a Lei Delegada nº 13, de 27 de agosto de 1992.

§ 2º O valor da GAE, de que trata o inciso III do § 1º deste artigo, fica incorporado ao vencimento básico dos servidores integrantes da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho, conforme valores estabelecidos no Anexo IV-A desta Lei.”

“Art. 5º-B. Fica instituída, a partir de 1º de março de 2008, a Gratificação de Desempenho da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho - GDPST, devida aos titulares dos cargos de provimento efetivo da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho, quando lotados e em exercício das atividades inerentes às atribuições do respectivo cargo no Ministério da Previdência Social, no Ministério da Saúde, no Ministério do Trabalho e Emprego e na Fundação Nacional de Saúde - FUNASA, em função do desempenho individual do servidor e do alcance de metas de desempenho institucional do respectivo órgão e da entidade de lotação.

§ 1º A GDPST será paga observado o limite máximo de 100 (cem) pontos e o mínimo de 30 (trinta) pontos por servidor, correspondendo cada ponto, em seus respectivos níveis, classes e padrões, ao valor estabelecido no Anexo IV-B desta Lei, produzindo efeitos financeiros a partir de 1º de março de 2008.

§ 2º A pontuação referente à GDPST será assim distribuída:

I - até 20 (vinte) pontos serão atribuídos em função dos resultados obtidos na avaliação de desempenho individual; e

II - até 80 (oitenta) pontos serão atribuídos em função dos resultados obtidos na avaliação de desempenho institucional.

§ 3º Os valores a serem pagos a título de GDPST serão calculados multiplicando-se o somatório dos pontos auferidos nas avaliações de desempenho individual e institucional pelo valor do ponto constante do Anexo IV-B desta Lei de acordo com o respectivo nível, classe e padrão.

§ 4º Até 31 de janeiro de 2009, a GDPST será paga em conjunto, de forma não cumulativa, com a Gratificação de Atividade de que trata a Lei Delegada nº 13, de 27 de agosto de 1992, e não servirá de base de cálculo para quaisquer outros benefícios ou vantagens.

§ 5º Até que sejam efetivadas as avaliações que considerem as condições específicas de exercício profissional, a GDPST será paga em valor correspondente a 80 (oitenta) pontos aos servidores alcançados pelo caput deste artigo postos à disposição dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, conforme disposto no art. 20 da Lei nº 8.270, de 17 de dezembro de 1991.

(...)

A mencionada gratificação de Atividade, no tocante aos aposentados e pensionistas foi regulada pela nova redação dada ao § 6º do art. 5º-B da Lei 11.355, de 19 de

outubro de 2006, alterada pela Lei 11.784/2008 (o § 6º não foi transcrito acima, juntamente com os demais, apenas por motivo de organização):

§ 6º Para fins de incorporação da GDPST aos proventos de aposentadoria ou às pensões, serão adotados os seguintes critérios:

I - para as aposentadorias e pensões instituídas até 19 de fevereiro de 2004, a GDPST será:

a) a partir de 1º de março de 2008, correspondente a 40% (quarenta por cento) do valor máximo do respectivo nível; e

b) a partir de 1º de janeiro de 2009, correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor máximo do respectivo nível; e

II - para as aposentadorias e pensões instituídas após 19 de fevereiro de 2004:

a) quando aos servidores que lhes deram origem se aplicar o disposto nos arts. 3º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, aplicar-se-ão os percentuais constantes do inciso I deste parágrafo; e

b) aos demais aplicar-se-á, para fins de cálculo das aposentadorias e pensões, o disposto na Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004.

Por fim, a MP 441/08 inseriu as seguintes regras de transição no art. 5º-B da Lei 10.355/06:

§ 7º Ato do Poder Executivo disporá sobre os critérios gerais a serem observados para a realização das avaliações de desempenho individual e institucional da GDPST.

§ 8º Os critérios e procedimentos específicos de avaliação de desempenho individual e institucional e de atribuição da GDPST serão estabelecidos em atos dos dirigentes máximos dos órgãos ou entidades de lotação, observada a legislação vigente.

...

§ 11. Até que seja publicado o ato a que se refere o § 8º deste artigo e processados os resultados da primeira avaliação individual e institucional, os servidores que fazem jus à GDPST, perceberão a referida gratificação em valor correspondente a oitenta pontos, observados o nível, a classe e o padrão do servidor.

Em cumprimento ao §7º suso, o Presidente da República editou o Decreto n.º 7.133/10 instituindo os critérios gerais para a realização das avaliações de desempenho individual e institucional de 48 (quarenta e oito) gratificações de desempenho, dentre as quais a GDPST.

Destaque-se, do referido regulamento, os elementos mínimos que deveria conter o ato a que se refere o §8º do art. 5º-B da Lei n.º 11.355/06, verbis:

Art. 7º Os critérios e procedimentos específicos de avaliação de desempenho individual e institucional e de atribuição das gratificações de desempenho regulamentadas por este Decreto serão estabelecidos em ato do dirigente máximo do órgão ou entidade ou do Ministro de Estado ao qual o órgão ou entidade esteja vinculado, observada a legislação específica de cada gratificação de desempenho referida no art. 1o.

Parágrafo único. O ato a que se refere o caput deverá conter:

I - os critérios, as normas, os procedimentos, os mecanismos de avaliação e os controles necessários à implementação da gratificação;

II - a identificação do responsável pela observância dos critérios e procedimentos gerais e específicos de avaliação de desempenho em cada unidade de avaliação;

III - a data de início e término do ciclo de avaliação, o prazo para processamento das avaliações e a data a partir da qual os resultados da avaliação gerarão efeitos financeiros;

IV - os fatores a serem aferidos na avaliação de desempenho individual;

V - o peso relativo do cumprimento de metas e de cada fator, referidos no art. 4o, e de cada conceito, referido nos §§ 3o e 4o do art. 4o, na composição do resultado final da avaliação de desempenho individual;

VI - os indicadores de desempenho institucional;

VII - a metodologia de avaliação a ser utilizada, abrangendo os procedimentos que irão compor o processo de avaliação, a seqüência em que serão desenvolvidos e os responsáveis pela sua execução;

VIII - os procedimentos relativos ao encaminhamento de recursos por parte do servidor avaliado;

IX - as unidades da estrutura organizacional do órgão ou entidade qualificadas como unidades de avaliação; e

X - a sistemática de estabelecimento das metas, da sua quantificação e revisão a cada ano.

O Presidente da FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE, em cumprimento ao §8º do art. 5º-B da Lei n.º 11.355/06, editou em 15/12/2010 a Portaria

1.743/2010, estabelecendo os critérios e procedimentos específicos de avaliação de desempenho individual e institucional e de atribuição da GDPST.

A produção dos efeitos financeiros do primeiro ciclo de avaliação **retroagiram à data da edição da aludida portaria**, na forma do parágrafo 10 do artigo 5º-B da Lei 11.355/2006, acrescentado pela Lei 11.907/2009:

Lei 11.355/06 (GDPST):

Art. 5º-B [...]

§ 8º Os critérios e procedimentos específicos de avaliação de desempenho individual e institucional e de atribuição da GDPST serão estabelecidos em atos dos dirigentes máximos dos órgãos ou entidades de lotação, observada a legislação vigente. [\(Incluído pela Lei nº 11.907, de 2009\)](#)

[...]

§ 10. O resultado da primeira avaliação gera efeitos financeiros a partir da data de publicação dos atos a que se refere o § 8º deste artigo, devendo ser compensadas eventuais diferenças pagas a maior ou a menor. [\(Incluído pela Lei nº 11.907, de 2009\)](#)

Em consonância com a referida Lei, o Decreto e a Portaria fizeram igual previsão:

Decreto n.º 7.133/10

Art. 10. As avaliações de desempenho individual e institucional serão apuradas anualmente e produzirão efeitos financeiros mensais por igual período.

(...)

§ 6º O resultado da primeira avaliação de desempenho processada de acordo com o disposto neste ato gerará efeitos financeiros a partir da publicação do ato a que se refere o § 2º do art. 5º, **ou na data estabelecida na lei específica de cada gratificação de desempenho.**

Portaria 1.743/2010

Art. 7º O primeiro ciclo de avaliação iniciará 30 (trinta) dias após a publicação das Metas Globais e corresponderá ao período de 15 de janeiro de 2011 a 15 de abril de 2011, observado o disposto no art. 10 do Decreto nº 7.133, de 2010, **produzindo efeitos financeiros conforme o disposto a seguir:**

I - Para os ocupantes dos cargos da Carreira da Presidência Saúde e Trabalho - CPST, **a partir da data publicação desta Portaria**, de acordo com o art. 5º-B, § 8º e 10º, da Lei nº 11.355/06, em conformidade com o § 6º do art. 10 do Decreto nº 7.133/2010, devendo ser compensadas eventuais diferenças pagas a maior ou a menor;

Assim, os servidores ativos receberam as diferenças decorrentes dos efeitos financeiros do 1º ciclo de avaliação da GDPST desde 15/12/2010, data da publicação da Portaria 1.743/2010 do Presidente da FUNASA.

<p style="text-align: center;">DA INEXISTÊNCIA DE MORA NO PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS DE 20 PONTOS DA GDPST EM 2011 – CUMPRIMENTO DO TEOR DE ATOS NORMATIVOS EDITADOS PARA TAL FIM</p>
--

Pois bem, fixadas as premissas do tópico anterior, percebe-se que a parte autora pretende receber correção monetária por alegado atraso no pagamento das diferenças de pontos da GDPST (20 pontos).

Ocorre, Douto Julgador, que o fato da Administração só ter efetuado em julho de 2011 o pagamento das diferenças alusivas ao período de julho de 2010 a julho de 2011 não se constitui em mora.

Trata-se de mero cumprimento do teor dos atos normativos editados para tal fim.

Não há na lei qualquer previsão normativa estabelecendo um marco temporal para a fixação dos critérios e procedimentos para realização da Avaliação de Desempenho, ficando tal critério ao alvedrio da Administração.

O autor, no período que vai de março de 2008 a novembro de 2010, recebeu o valor da GDPST, com base no valor de 80 pontos, tal qual determinado pela Lei nº 11.355/06. **A pretensão autoral, portanto, esbarra na ausência de previsão legal, pois não existe comando normativo autorizando o pagamento da pontuação remanescente (20 pontos), antes de publicado o ato normativo que regulamentou os critérios de avaliação de desempenho dos servidores ativos.**

A Administração Pública atuou, assim, com base no princípio da estrita legalidade, ou seja, os agentes públicos agem com base nas previsões normativas, sem discricionariedade, a não ser nos casos expressos em lei. Sobre o tema, vejamos o doutrinamento do mestre **HELLY LOPES MEIRELLES** (in “*Direito Administrativo Brasileiro*”, 19ª edição, 1994):

“A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, é às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.”

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal, enquanto na administração particular é lícito fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”, para o administrador público significa “deve fazer assim”. As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública, e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contém verdadeiros poderes-deveres irreligáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à administração pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador, sem ofensa ao bem-comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa.” (grifo nosso)

Nessa mesma linha de entendimento, **MARCELO CAETANO**, em sua obra *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo, Forense, 1990*, ensina que:

“Legalidade - O objeto do ato administrativo deve ser legal e não apenas lícito. A administração pública atua nos termos previstos ou permitidos pela lei: não lhe é possível tudo o que a lei não proíbe,

como sucede com os particulares; a sua ação está positivamente regulada e por isso só pode querer o que a lei permitir que queira”.

Eventual deferimento do pleito autoral representaria grave ofensa ao princípio da legalidade, uma vez que a Lei nº 11.355/2006, em seu Art. 5º-B, §5º é clara: **“até que sejam efetivadas as avaliações que considerem as condições específicas de exercício profissional, a GDPST será paga em valor correspondente a 80 (oitenta) pontos aos servidores alcançados pelo caput deste artigo postos à disposição dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, conforme disposto no art. 20 da Lei nº 8.270, de 17 de dezembro de 1991”**

Ademais, é de bom alvitre ressaltar que o Decreto nº 7.133, de 19 de março de 2010, regulamentou os critérios e procedimentos gerais a serem observados para a realização das avaliações de desempenho individual e institucional e o pagamento das gratificações de desempenho de diversas gratificações, dentre elas a GDPST, tal qual se observa em seu Art. 1

º, XIX, reforçando o argumento de que a Administração seguiu rigorosamente todas as etapas na elaboração das regras para a fixação da avaliação de desempenho dos servidores ativos, com vistas à percepção da GDPST. Vejamos o que preleciona o Art. 7º:

“Art. 7º: Os critérios e procedimentos específicos de avaliação de desempenho individual e institucional e de atribuição das gratificações de desempenho regulamentadas por este Decreto serão estabelecidos em ato do dirigente máximo do órgão ou entidade ou do Ministro de Estado ao qual o órgão ou entidade esteja vinculado, observada a legislação específica de cada gratificação de desempenho referida no art. 1o.”

Veja que o Ministério da Saúde cumpriu à risca a determinação contida na Lei nº 11.355/06 e Decreto nº 7.133/10, ao estabelecer, mediante a Portaria nº 3.627/10, os critérios e procedimentos específicos de avaliação de desempenho individual e institucional para efeito de pagamento da Gratificação de Desempenho da Carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho – GDPST.

Assim é que a alegada responsabilidade da Administração fincada na mora legislativa exige a comprovação da culpa, por se tratar de espécie de responsabilidade civil por omissão estatal.

Tratando-se de ato omissivo, a responsabilidade da Administração não é a do artigo 37, § 6º do Código Supremo, mas a responsabilidade subjetiva do art. 927, do CCB, que deverá ser comprovada.

Celso Antônio Bandeira de Mello é quem melhor doutrina:

“É mister acentuar que a responsabilidade por ‘falta de serviço’, falha do serviço ou culpa do serviço (faute du service, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva”. (Curso de Direito Administrativo, 10ª ed., Malheiros, São Paulo, 1998, pgs. 615/616)

E o Supremo Tribunal Federal referenda em julgamento unânime:

*EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. **ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO**: MORTE DE PRESIDIÁRIO POR OUTRO PRESIDIÁRIO: **RESPONSABILIDADE SUBJETIVA**: CULPA PUBLICIZADA: FAUTE DE SERVICE. C.F., art. 37, § 6º.*

I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa.

II. - Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.

III. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a faute de service dos franceses.

IV. - Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da faute de service.

V. - R.E. não conhecido.

(RE-179147 / SP – Relator Ministro CARLOS VELLOSO – Julgamento 12/12/1997 - Segunda Turma – Publicado no DJ de 27.02.98, Pg- 00018)

De todo o exposto, percebe-se que, **em nenhum momento, houve culpa da Administração no suposto atraso na regulamentação dos critérios e procedimentos das avaliações de desempenho para fins de pagamento da GDPST aos servidores ativos, já que a Administração editou, em tempo oportuno, os atos normativos necessários.**

Por fim, **além da inexistência de culpa por parte da Administração, muito menos atraso ou mora, conforme dito acima, por expressa previsão legal em sentido contrário à tese defendida pelo autor!**

<p style="text-align: center;">DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO E DA DISCRICIONARIEDADE DO PODER EXECUTIVO;</p>
--

Ademais, se o Judiciário reconhecer o direito do autor a receber correção monetária no período indicado na inicial, será o mesmo que invadir seara de atribuição pertencente a outro Poder, ao reconhecer a mora do Executivo na fixação do ato normativo definidor dos critérios para a realização dos ciclos de avaliação de desempenho.

Logo, é certo que eventual deferimento do pedido representará uma verdadeira afronta ao princípio da separação dos poderes (Art. 2º, CF/88), na medida em que **haverá uma ingerência indevida do Judiciário na discricionariedade da Administração em determinar a data da publicação do ato normativo** definidor dos critérios para a realização dos ciclos de avaliação de desempenho, para fins de percepção da GDPST.

É necessário lembrar, a outro giro, que a regulamentação da norma constitucional inserida no inciso X, do art. 37, da Carta Magna, encontra-se na esfera da chamada “liberdade de conformação” do legislador infraconstitucional, a quem cabe definir a conveniência e oportunidade (ainda que não mais de aprovar lei que confira aumento de remuneração aos servidores públicos) de definir os índices que serão concedidos aos servidores.

O que significa dizer que a Constituição Federal, ao conferir competência privativa ao Presidente da República para encaminhar projeto de lei ao Congresso Nacional referente à remuneração dos servidores públicos, **deixou a questão do percentual das gratificações de atividade pagas aos servidores públicos dentro da esfera de discricionariedade do Poder Executivo.**

Veja que o pleito da parte autora, em absoluta violação ao **princípio da separação dos poderes**, pede que o Poder Judiciário aumente o valor da pontuação paga da GDPST em determinado período, o que seria absurdo, pois não cabe ao Poder Judiciário interferir nas políticas governamentais no que toca às questões orçamentárias.

Importante ainda mencionar, conforme já sedimentado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, que **não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia (Súmula 339)**. Neste sentido vejamos acórdão da Suprema Corte que restou assim ementado:

REMUNERAÇÃO FUNCIONAL. EXCLUSÃO DE BENEFÍCIO. PRETENDIDA EXTENSÃO JURISDICIONAL, A SERVIDOR PRETERIDO, DE DETERMINADA VANTAGEM PECUNIÁRIA. INADMISSIBILIDADE. RESERVA DE LEI E POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. AGRAVO IMPROVIDO.

O Poder Judiciário que não dispõe de função legislativa – não pode conceder, a servidores públicos, sob fundamento de isonomia, mesmo que se trate de hipótese de exclusão de benefício, a extensão, por via jurisdicional, de vantagens pecuniárias que foram outorgadas, por lei, a determinada categoria de agentes estatais.

A súmula 339 do Supremo Tribunal Federal – que consagra específica proteção do princípio da separação de poderes – foi recebida pela Carta Política de 1988, revestindo-se, em consequência, de plena eficácia e integral aplicabilidade sob a vigente ordem constitucional. Precedentes. (AG 313.373SP Ministro Relator Celso de Mello, DJ 19/03/2004)

Em seu voto o Eminentíssimo Ministro Celso de Mello explicitou que:

“A disciplina jurídica da remuneração devida aos agentes públicos em geral está sujeita ao princípio da reserva absoluta da lei. Esse postulado constitucional submete, ao domínio normativo da lei formal, a veiculação das regras pertinentes ao instituto do estipêndio funcional. O princípio da divisão funcional do poder impede que, estando em plena vigência o ato legislativo, venham os Tribunais, a ampliar-lhe o conteúdo normativo e a estender a sua eficácia jurídica a situações subjetivas nele não previstas, ainda que a pretexto de tornar efetiva a cláusula isonômica inscrita na Constituição.”

A situação em comento se assemelha bastante com as milhares de demandas que há pouco tempo tramitaram no Judiciário em que os servidores pediam indenização por danos morais e materiais na suposta mora do Executivo em encaminhar projeto de lei visando à revisão da remuneração do funcionalismo público federal,

Naquele famoso caso, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) por Omissão nº. 2.061/DF, o STF não fixou aumento para os servidores, em consonância com o **princípio da separação de poderes**, reconhecendo apenas a mora do Executivo no encaminhamento do

projeto de lei visando à revisão da remuneração do funcionalismo público federal, a contar de junho/1999, *in verbis*:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC Nº 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998). Norma constitucional que impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 61, § 1º, II, a, da CF. Mora que, no caso, se tem por verificada, quanto à observância do preceito constitucional, desde junho/1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC nº 19/98. Não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2º, in fine, que prevê a fixação de prazo para o mister. Procedência parcial da ação.

(Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº. 2061/DF, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 29.06.2001) [grifamos].

Percebe-se, Douto Julgador, que **no presente caso, não há sequer que se falar em mora, já que foi houve a devida regulamentação dos critérios e procedimentos das avaliações de desempenho, para fins de pagamento da GDPST aos servidores ativos.**

Por oportuno, calha trazer à colação a jurisprudência que resguarda nosso entendimento, respaldada na Súmula nº 339 do Supremo Tribunal Federal (acima citada), como adiante observamos:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDORES PÚBLICOS DO ESTADO DO PARANÁ - LEI ESTADUAL Nº 11.366/96 - REAJUSTE DIFERENCIADO NA REMUNERAÇÃO DOS MILITARES, SEGUNDO A ESCALA HIERÁRQUICA - REESTRUTURAÇÃO DA CARREIRA MILITAR - CORREÇÃO DE DISTORÇÕES E INJUSTIÇAS - EXTENSÃO AOS SERVIDORES CIVIS - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - INEXISTÊNCIA DE REVISÃO GERAL DE REMUNERAÇÃO A QUE SE REFERE O ART. 37, X, DA CF/88 - SÚMULA 339/STF.

*1 - Não há que se falar em extensão dos reajustes concedidos aos servidores públicos estaduais militares, segundo a escala hierárquica, aos servidores civis, quando esses reajustes visarem a reestruturação da carreira militar, corrigindo-se distorções e injustiças relacionados à política salarial. O art. 37, X, da Constituição Federal garante a isonomia entre os servidores militares e civis quando houver revisão geral das remunerações e não nas hipóteses de reestruturações das carreiras militares. Ademais, **de acordo com a Súmula nº 339/STF, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, in casu estaduais civis, sob o fundamento de isonomia. Ausência de liquidez e certeza a amparar a pretensão.***

2 - Precedentes (ROMS nºs 9.261/RO e 1.806/SP, e REsp nº 102.752/RJ).

3 - Recurso conhecido, porém, desprovido"

(STJ, 5ª Turma, ROMS 12.412/PR, rel. Min. Jorge Scartezini, unânime, j. 19/8/2003, in DJU 13/10/2003, p. 376). (grifo nosso).

“APELAÇÃO CÍVEL - REVISÃO GERAL ANUAL DOS VENCIMENTOS - ARTIGO 37, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - NECESSIDADE DE PROJETO DE LEI DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO - IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO ADENTRAR NA SEARA DO PODER EXECUTIVO OU LEGISLATIVO E DETERMINAR O CUMPRIMENTO DE ATOS QUE DEPENDEM DE QUESTÕES DE NECESSIDADE E OPORTUNIDADE DO PRÓPRIO PODER PÚBLICO - IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS - ARTIGO 37, INCISO XV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - NÃO OCORRÊNCIA - IRREDUTIBILIDADE QUE NÃO PODE SER CONFUNDIDA COM DEFASAGEM SALARIAL - RECURSO DESPROVIDO.

1. Improcedente o pedido de revisão geral anual dos vencimentos requerido pelos autores, com base no artigo 37, inc. X, da Constituição Federal, uma vez que tal ato depende da edição de lei específica de iniciativa do Chefe do Executivo, não podendo o Poder Judiciário controlar a conveniência e oportunidade da edição de determinadas leis, cabendo o controle, apenas, da legalidade do agir administrativo.

2. Não há, in casu, qualquer responsabilidade ensejadora de indenização por parte do réu no fato de ainda não se ter inicializado o processo legislativo para edição de lei específica regulamentando a revisão geral anual dos vencimentos dos autores. (grifo nosso)

"MANDADO DE SEGURANÇA. DESCABIMENTO. LEI EM TESE. SUM. 266/STF. INVIABILIDADE. AUMENTO. SERVIDORES PÚBLICOS. SUM. 339/STF.

1. **'NÃO CABE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE.'** (SUM. 266/STF).

2. **É DEFESO AO PODER JUDICIÁRIO, QUE NÃO DESEMPENHA FUNÇÃO LEGISLATIVA, AUMENTAR VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS SOB FUNDAMENTO DE ISONOMIA. (SUM. 339/STF).**

3. **SEGURANÇA DENEGADA"**

(STJ, 3ª Seção, MS 3235/DF, rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, j. 09/4/1997, in DJU 04/8/1997, p. 34.644) **(grifo nosso)**

Ainda sobre a questão, vejamos o entendimento exarado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais:

EMENTA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MORA DO PODER EXECUTIVO NO ENCAMINHAMENTO DE PROJETO DE LEI TRATANDO DA REVISÃO ANUAL DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS (CF, ART. 37, INCISO X NA REDAÇÃO DA EC 19/98). DANOS MATERIAIS. INDENIZAÇÃO. INCABÍVEL. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1- Incabível indenização ao servidor público em decorrência da mora do Chefe do Poder Executivo no envio do projeto de lei dispendo sobre o reajuste salarial dos servidores públicos federais. Entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE-AgR 44977/ES, Relator Ministro Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ de 16/02/2007, unânime). 2 - Incidente de uniformização conhecido e improvido. (PEDILEF 200551660014721, JUÍZA FEDERAL DANIELE MARANHÃO COSTA, TNU - Turma Nacional de Uniformização, DJU 21/05/2007.)

DOS PEDIDOS

ANTE O EXPOSTO, vem a FUNASA requerer a Vossa Excelência que se digne de:

I) Acolher as preliminares suscitadas, com vistas ao reconhecimento da carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido, e da ilegitimidade passiva da FUNASA, extinguindo a ação sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC;

II) Afastadas as questões prévias, o que não se espera, no mérito, acolher os argumentos delineados para julgar improcedente o pedido da parte autora, condenando-a, ademais, no pagamento dos ônus sucumbenciais de estilo, caso cabível.

III) Por fim, sucessivamente, na hipótese remota de procedência do pedido, requer-se que sejam observadas as limitações acima dispostas para o pagamento de parcelas atrasadas.

Por fim, requer a FUNASA o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva na parte do pedido da parte autora que se refira a quaisquer atos posteriores à sua redistribuição para outro Órgão Federal, caso aplicável ao caso concreto.

Petrolina, data da juntada.

Daniella Campos dos Santos
Procuradora Federal
Matr. 1553221