



Acórdão:

Processo: 2011.3.016783-1

Expediente: 1ª Turma de Direito Público

Recurso: Apelação

Apelante: Joaquim Teófilo da Silva Filho

Advogado: Ana Maria França Barros do Carmo OAB: 5412

Apelado: Presidente do Instituto de Previdência e Assistência do Município de Belém.

Advogado: Germano da Silveira Ramos OAB: 3147

Relatora: Desembargadora Rosileide Maria da Costa Cunha

EMENTA:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL LOTADO NA SECRETARIA DE SANEAMENTO- AUXILIAR DE MANUTENÇÃO- INCORPORAÇÃO SEM AMPARO LEGAL- LEI 7.502/90 ARTIGO 70. LEI 8.102/01 NÃO SE APLICA AO IMPETRANTE. PRETENSÃO DE EXTENSÃO DE GRATIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1- Optando o impetrante pela estreita via do mandado de segurança, deverá estar ciente da necessidade de demonstrar a existência de direito líquido e certo e a sua ameaça, a teor do art. 1º da Lei nº 12.016/09.

2- Gratificação de Produtividade concedida ao impetrante com base no artigo 70 da Lei 7.502/90 e artigo 7º da Lei 8.102/01.

3- A Lei 8.102/01 prevê gratificação de produtividade aos servidores da Fazenda Pública Municipal.

4- Conforme documentos acostados aos autos o apelante exercia a função de auxiliar de manutenção lotado na secretaria Municipal de saneamento, não cabendo assim a aplicação das referidas Lei ao mesmo.

5- Nulidade do Ato de concessão de Gratificação de Produtividade e incorporação nos proventos de aposentadoria.

6- O administrador público, para fins de conceder vantagens funcionais, está adstrito ao Princípio Constitucional da Legalidade e às normas de Direito Administrativo.

7- A Administração Pública tem o dever de anular os atos e medidas que contêm ilegalidades, ainda que para tanto não tenha sido provocada (dever de vigilância).

8- Ausência de demonstração, portanto, da prática de ato ilegal pela autoridade coatora a ensejar o reconhecimento do alegado direito líquido e certo.

9- Recurso Conhecido e Improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os Excelentíssimos Desembargadores que integram a 1ª Turma de Direito Público deste Egrégio Tribunal do Estado do Pará, à unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento a Apelação, nos termos do voto da Desembargadora relatora.

Plenário da 1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, sessão ordinária realizada em 26 de março de 2018. Julgamento presidido pela Desembargadora Célia Regina de Lima Pinheiro.

Belém, 02 de Abril de 2018.



ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA
Desembargadora Relatora

Acórdão:

Processo: 2011.3.016783-1

Expediente: 1ª Turma de Direito Público

Recurso: Apelação

Apelante: Joaquim Teofilo da Silva Filho

Advogado: Ana Maria França Barros do Carmo OAB: 5412

Apelado: Presidente do Instituto de Previdência e Assistência do Município de Belém.

Advogado: Germano da Silveira Ramos OAB: 3147

Relatora: Desembargadora Rosileide Maria da Costa Cunha

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de recurso de APELAÇÃO, interposto por JOAQUIM TEOFILLO DA SILVA FILHO, inconformado com a sentença prolatada pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda da Capital, que denegou a segurança pleiteada nos autos de Mandado de Segurança, impetrado em face do PRESIDENTE DO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA DO MUNICÍPIO DE BELÉM.

Alega o impetrante, ora apelante, que aposentou-se no cargo de Auxiliar de Manutenção, por tempo de serviço conforme portaria nº 0870/2004-GP/IPMAMB, com proventos integrais e que, em fevereiro de 2006, foi retirado dos seus proventos o adicional de produtividade e o pagamento integral do adicional de tempo de serviço, que é de 60% sobre a somatória do provento.

Sustenta que o ato é abusivo e ilegal, haja vista que a portaria 0870/2004-GP/IPMAMB (aposentadoria) tornou-se o ato válido, legítimo, perfeito, sendo insuscetível de revogação. O feito seguiu seu regular processamento até a prolação de sentença (fls.312-316), que denegou a segurança com base no artigo 37, caput, CF/88, extinguindo o processo com resolução do mérito na forma do art. 269, inciso I, do CPC/73.

Consta do decisum, a condenação ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios no importante de 10% (dez por cento) no valor da causa, observado o artigo 12 da Lei 1.060/50 por esta a mesma sobe o manto da gratuidade.

Inconformado, o JOAQUIM TEOFILLO DA SILVA FILHO interpôs o presente recurso de apelação (fls.318-324)

Sustenta que o juízo monocrático incorreu em erro ao denegar a segurança, haja vista que sua aposentadoria é revestida de legalidade e, que o ato que concedeu a aposentadoria ao apelante não padece de vício ou qualquer nulidade, conferindo-lhes direitos, consagrado na art. 5º,XXXVI da CF/88.

Assevera, que a decisão é injusta, haja vista que foi funcionário público por mais de 36 anos, contribuindo e trabalhando para fazer jus a totalidade de seus vencimentos.



Requerendo por fim, a reforma da sentença no que tange à condenação dos honorários advocatícios.

O órgão a quo recebeu a apelação em seu duplo efeito às fls. 326

Instado a se manifestar às fls.330, a Doutra Procuradoria emite parecer pelo conhecimento e parcial provimento do recurso de apelação, para se mantida a sentença guerreada, excetuando a condenação, haja vista ser o apelante beneficiário de justiça gratuita. Remetidos os autos a este Egrégio Tribunal de Justiça, após o prévio juízo de admissibilidade, foram os mesmos distribuídos, inicialmente, à relatoria da Des. Helena Percila de Azevedo Dornelles e, em decorrência da aposentadoria da eminente desembargadora, o processo foi redistribuído à minha relatoria.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, deve ser conhecido e provido o presente recurso.

Precipuaente, em aplicação da teoria do isolamento dos atos processuais, insculpida no art. 14 do Código de Processo Civil de 2015, o recurso em exame será apreciado sob a égide do CPC de 1973, visto que a decisão agravada é anterior à vigência do Novo Diploma Processual Civil.

Avaliados os pressupostos processuais subjetivos e objetivos deduzidos pelo apelante, tenho-os como regularmente constituídos, bem como atinentes à constituição regular do feito até aqui, razão pela qual conheço do recurso, e passo a proferir voto.

MÉRITO:

No mérito do presente recurso, alega o apelante que a decisão não observou que ato que concedeu sua aposentadoria não padece de vício ou qualquer nulidade, conferindo-lhe direitos, consagrado na art. 5º,XXXVI da CF/88 e, por este motivo, o juízo monocrático incorreu em erro ao denegar a segurança.

Pois, bem, sabe-se que o mandado de segurança é remédio constitucional (art. 5º, inciso LXIX, da CF) para a proteção de direito líquido e certo, de ameaça de lesão ou de lesão por ato de autoridade.

E, assim dispõe o art. 37 da Carta Magna:

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 (...)

Somado a isso, com base do Estado Democrático de Direito, o Princípio da Legalidade é um dos princípios mínimos norteadores da Administração Pública, estabelecendo que as pessoas públicas tenham um campo de atuação restrito em relação aos particulares, já que aquela só pode fazer o que a lei autoriza, enquanto estes podem fazer tudo que a lei permite e aquilo que ela não proíbe.

A cerca do tema, ensina Hely Lopes Meirelles:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.



A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.

Dessa feita, o administrador público, para fins de conceder vantagens funcionais, está adstrito ao Princípio Constitucional da Legalidade e às normas de Direito Administrativo. Somado a isso, ressalto que em virtude do princípio da autotutela administrativa, a Administração deve zelar pela legalidade de seus atos e condutas adequando os mesmo ao interesse público, além de que, se a Administração verificar que atos e medidas contêm ilegalidades, tem o dever anulá-los por si própria.

Sendo assim, a autotutela é tida como uma emanção do princípio da legalidade e, como tal, impõe à Administração Pública o dever, e não a mera prerrogativa, de zelar pela regularidade de sua atuação (dever de vigilância), ainda que para tanto não tenha sido provocada.

Como se vê, pelos documentos acostados, o apelante recebia a gratificação de produtividade, onde a mesma foi incorporada em sua aposentadoria, conforme parecer jurídico às fls.134-135 com base no artigo 70 da Lei 7.502/90 e artigo 7 da Lei 8.102/01. Vejamos o que dispões os artigos susos:

Lei 7.502/90

Da Gratificação por Produtividade

Art. 70. A gratificação por produtividade será concedida ao funcionário que, no desempenho de suas atribuições, contribuir para o aprimoramento e incremento do serviço público, e em especial das atividades de arrecadação e fiscalização de tributos e outras rendas.

Parágrafo único. As condições para aferição, critérios, prazos ou formas de pagamento serão definidas em regulamento, observando os limites legais.

Lei. 8.102/2001-

Dispõe sobre gratificação de produtividade dos servidores da Fazenda Pública Municipal e das outras providências.

Artigo 7º- O valor a ser pago a título de gratificação de produtividade será integrado no cálculo de proventos do servidor.

Ademais, voltando à análise dos autos, o apelante não se quadra nos artigos supracitados, haja vista, que a Lei prevê a gratificação de produtividade para funcionários da Fazenda Municipal e, conforme documentos o apelante é auxiliar de manutenção que trabalha na secretaria Municipal de saneamento, não sendo assim, aplicável por analogia.

Desta forma, não resta dúvida que o ato de aposentadoria que concedeu a gratificação de produtividade para o apelante era nulo.

Portanto, o prêmio de produtividade, pleiteado pelo ora recorrente, trata-se, na verdade, de típica gratificação de natureza 'propter laborem', pelo fato de estas parcelas serem pagas em decorrência de circunstâncias momentâneas, sobretudo quando o servidor público está na atividade. Estas gratificações possuem caráter transitório, de maneira que, quando cessam



os motivos que lhe dão causa, as mesmas não podem mais ser percebidas e, menos ainda incorporadas.

Assim, considerando o caráter eventual, não se justifica a incidência de contribuição previdenciária sobre as gratificações de serviço, pois deve haver correspondência entre os valores contribuídos pelo servidor público com aqueles que serão recebidos em sua inatividade.

Sobre o assunto colaciono as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

"É evidente, contudo, que, no silêncio da lei, tem-se que entender que a gratificação de serviço somente é devida enquanto perdurarem as condições especiais de sua execução, não havendo infringência ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimento na retirada da vantagem quando o servidor deixa de desempenhar a função que lhe conferiu o acréscimo" (in Direito Administrativo, 12ª ed. Atlas, 2000).

Para ratificar os fundamentos suso articulados, transcrevo o seguinte arestos:

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. PRETENSÃO DE EXTENSÃO DE GRATIFICAÇÃO. NAO ATENDIMENTO À EXIGÊNCIA DA LEI LOCAL. INVOCAÇÃO DA ISONOMIA. INCABÍVEL. SÚMULA 339/STF.

1- De acordo com o Decreto nº 54.388/07-PMB, a gratificação de produtividade é destinada somente aos servidores do fisco municipal, lotados na SEFIN, não podendo ser estendidos os benefícios para servidores lotados em outros setores e desempenhando funções diferentes.

2- Recurso conhecido mas desprovido à unanimidade.

(2017.02240393-59, 175.891, Rel. EZILDA PASTANA MUTRAN, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO, Julgado em 2017-05-29, Publicado em 2017-06-01)

E ainda:

REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO POR ALCANCE DAS METAS DE PRODUTIVIDADE DA FISCALIZAÇÃO INTEGRADA - GAMPFI. EXTENSÃO AOS SERVIDORES APOSENTADOS. IMPOSSIBILIDADE. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. SÚMULA Nº 339, DO STF. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA. - O Mandado de Segurança é cabível para a proteção de direito líquido e certo não protegido por Habeas Corpus nem por Habeas Data, em sendo o responsável pelo abuso de poder ou ilegalidade autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, nos termos do art. , inc. , da . - O prêmio de produtividade consiste em verdadeiro estímulo a produção e obviamente somente deve ser atribuída, pela sua própria natureza, ao efetivo exercício do cargo, não se estendendo aos aposentados. Tais gratificações só devem ser percebidas enquanto o servidor está prestando aquele serviço específico, pois são atribuições pecuniárias, não se incorporam aos proventos, salvo quando a lei determinar. - A teor da Súmula nº 339, do STF, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos dos servidores públicos sob o fundamento de isonomia. (Apelação nº 1.0024.12.106674-0/001, Rel. Dárcio Lopardi Mendes, j. 31/07/2013)

Por todos esses argumentos é inviável a manutenção do ato 0870/2004-GP/IPMAMB (portaria), porquanto violou expressamente a legislação



correlata. Assim, acertando o ato administrativo praticado, não merecendo reforma o decisum neste aspecto.

Noutra ponta em relação a alegação da redução do adicional de tempo de serviço, há de se pontuar que o referido adicional incidia erroneamente sobre a gratificação de produtividade, situação que é vedada pela legislação e, uma vez excluída a gratificação de produtividade, o resultado imediato foi a diminuição do valor pago a título de adicional de tempo de serviço. Contudo, não houve efetivamente a diminuição do percentual, o qual mantido em 60%.

Este egrégio Tribunal também já firmou entendimento neste sentido, conforme demonstram os arestos abaixo transcritos:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. GRATIFICAÇÃO DE TEMPO INTEGRAL. TRANSITORIEDADE. GRATIFICAÇÃO DE SERVIÇO QUE NÃO INTEGRA A REMUNERAÇÃO. INCORPORAÇÃO AOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1 - A gratificação de tempo integral será concedida a critério da administração e está relacionada à condição em que o trabalho é prestado, qual seja a prestação de serviços além da jornada normal de trabalho. Possui natureza transitória, não se incorpora ao vencimento e portanto não é perceptível na inatividade. 2 - As vantagens e/ou parcelas de caráter não permanente não compõem a remuneração para qualquer efeito. Assim dispõe o art. 118 da Lei Estadual nº 5.810/1994. 3 - O percebimento da gratificação por 6 (dez) anos ininterruptos não afasta seu caráter de provisoriedade. Permanece sendo vantagem de caráter eventual que não integra a remuneração da servidora e, portanto, não deve ser incorporada à aposentadoria. 4 - Não há violação ao princípio da irredutibilidade de subsídios pela não inclusão da gratificação nos proventos de aposentadoria, visto que não incorpora ao vencimento do servidor. Precedentes. 5 - Recursos conhecidos e providos para reformar a sentença recorrida, julgando improcedente a ação e afastando a incorporação de gratificação de tempo integral aos proventos de aposentadoria, nos termos da fundamentação. (2017.00904187-55, 171.327, Rel. EZILDA PASTANA MUTRAN, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO, Julgado em 2017-03-06, Publicado em 2017-03-10) (GRIFO NOSSO)

Deste modo, verifico que o ato que aposentou o apelante e incorporou a gratificação de produtividade era ilegal, conforme fundamentação suso. Portanto poderia sim a administração pública rever seus atos nulos a qualquer tempo, pois tem o dever de zelar pela legalidade de seus atos e condutas, adequando-os ao interesse público.

Por fim, no caso em exame, observa-se que não há comprovação de direito líquido e certo a ser protegido por essa via mandamental.

Com relação à condenação em honorários advocatícios, cabe ressaltar que o sucumbir significa ser derrotado; ou seja, quem perde um processo judicial, o vencido ou sucumbente, tem que pagar a condenação principal e as despesas do processo, nos termos do art. 20 do CPC/73, independentemente da outra parte ser beneficiária da justiça gratuita, conforme já pacificado na jurisprudência, e em decorrência de que a concessão de justiça gratuita não isenta a cobrança de custas e honorários, mas tão somente suspende a sua exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

A título de ilustração cito os julgados abaixo:

PROCESSUAL CIVIL – Valor da causa inferior a 60 salários mínimos –



Reexame necessário – Não conhecimento – Par.2º do art. do . HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Sucumbência reconhecida – Princípio da causalidade – Devida a condenação ao pagamento de honorários advocatícios – Inexistência de entraves à fixação de honorários de sucumbência em prol dos advogados da parte vencedora, beneficiária da justiça gratuita – fixação em R\$ 1.000,00. Sentença reformada, nesta parte. Recurso oficial não conhecido. Recurso voluntário provido.

(APL 00055081020148260430 SP 0005508 10.2014.8.26.0430. Órgão Julgador 9ª Câmara de Direito Público. Relator Carlos Eduardo Pachi. Publicação 09/10/2015).

EMENTA - REEXAME NECESSÁRIO DE SENTENÇA E RECURSOS DE APELAÇÃO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE – DEVER DO MUNICÍPIO – OBRIGATORIEDADE – PREVISÃO LEGAL – ART. DA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS – HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – CABIMENTO MESMO EM CASO DE SER A PARTE VENCEDORA BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA – VALOR IRRISÓRIO – POSSIBILIDADE DE REAJUSTE – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA APENAS NO TOCANTE AOS HONORÁRIOS.

Todos os entes públicos que compõem a organização federativa, ou seja, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, têm responsabilidade solidária de promover a saúde e a assistência pública aos necessitados, podendo qualquer deles ser acionado em demanda com vista à obtenção de medicamentos e de tratamento de saúde. A saúde é direito de todos e dever do Estado, nos termos do artigo da . Cabíveis os honorários de sucumbência mesmo nos casos em que a parte vencedora for beneficiária da assistência judiciária gratuita, os quais, no entanto, devem ser arbitrados com observância aos critérios estabelecidos nos parágrafos 3º e 4º do .

(Apl 132257/2011, DR. ELINALDO VELOSO GOMES, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 31/07/2012, Publicado no DJE 07/08/2012).

É como eu voto.

DISPOSITIVO:

CONHEÇO do recurso de APELAÇÃO, e **NEGO-LHE PROVIMENTO**, mantendo a sentença do juízo de Juízo de Direito da Vara Única do Município de Chaves, em todos os seus termos.

É como voto.

Belém, 02 de Abril de 2018.

ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA
Desembargadora Relatora