



Acórdão n°.

Processo n° 0009027-35.2006.8.14.0301

Órgão Julgador: 1ª Turma de Direito Público

Recurso: Reexame Necessário e Apelação Cível em Mandado de Segurança

Comarca de origem: Belém

Apelante: Instituto de Gestão Previdenciária do Estado do Pará

Procurador: Wagner Andrei Teixeira de Lima

Apeladas: Maria de Nazaré Costa; Maria Arabela Martins da Cunha; Clarisse Freitas de Castro; Donzília Carvalho Nogueira; Sebastiana Lima Peixoto e Maria da Glória de Almeida Rodrigues.

Advogado: Armando Soutello Cordeiro OAB/PA 2151 e Camila Corrêa Teixeira OAB/PA 12.291.

Procurador de Justiça: Maria do Perpetuo Socorro Velasco dos Santos

Relator: DES. ROBERTO GONÇALVES DE MOURA

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PRETENSÃO DE INCLUSÃO DE VANTAGEM PECUNIÁRIA EM PROVENTOS DE APOSENTADORIA. PRELIMINARES DE DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONDUTA OMISSIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. MÉRITO – GRATIFICAÇÃO PELO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EM EDUCAÇÃO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL POR VÍCIO DE INICIATIVA DECLARADA PELO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 75.811/PA DOS ARTS. 132, XI E 246 DA LEI Nº 5.810/94 E PELO PLENÁRIO DESTA EG. TRIBUNAL AO ART. 34, XIX, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARÁ. APELO CONHECIDO E PROVIDO. EM REEXAME NECESSÁRIO, SENTENÇA MODIFICADA. DECISÃO UNÂNIME.

1. Prejudicial de decadência e prescrição.

1.1. Nas ações em que se discute o recebimento de vantagem pecuniária, inexistindo manifestação expressa do direito reclamado pela Administração Pública, não ocorre a prescrição do direito de ação, mas tão somente das parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu a propositura da ação, ficando caracterizada a relação de trato sucessivo.

1.2. Na espécie, as apeladas buscam a incorporação de vantagem pecuniária denominada gratificação pelo exercício de atividade de educação especial que nunca perceberam quando em atividade. Desse modo, como não houve comprovação da negativa do direito reclamado por parte do ente recorrente, descabe falar em prescrição do fundo de direito e decadência, uma vez que em se tratando de conduta omissiva, a pretensão se renova mês a mês.

2. Mérito

2.1 A gratificação devida aos servidores estaduais a título de exercício na área da educação especial foi disciplinada na Constituição do Estado do Pará, em seu art. 31, inciso XIX e na Lei Estadual nº 5.810/94, artigos 132, inciso XI e 246.

2.2. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes, do Recurso Extraordinário 745.811/PA, em sede de repercussão geral, entendeu pela inconstitucionalidade dos artigos. 132, inciso XI e 246, da Lei nº 5.810/94, pelo fato de os referidos dispositivos serem resultado de emenda parlamentar, portanto eivados de vício formal, tendo em vista a reserva de iniciativa do Poder Executivo para o caso que verse sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração e acarrete o aumento de despesa.

2.3. Posteriormente, em 09/03/2016, com o julgamento do mandado de segurança nº 2013.3.004762-7, de relatoria do Des. Constantino Augusto Guerreiro, em sessão do Pleno deste TJ, restou assentado no Acórdão 156.937/2016, de forma incidental, a inconstitucionalidade do art. 31, inciso XIX, da Constituição Estadual, em virtude de sua contrariedade à previsão do art. 61, § 1º, II, a, da Constituição Federal.

2.4. Ausente resta, o direito líquido e certo das recorridas à incorporação da gratificação de educação especial em seus proventos de aposentadoria, com alicerce na inconstitucionalidade dos artigos 132, XI e 246, do RJU, já declarada pelo STF e do art. 31, XIX, da Constituição Estadual, conforme precedente do Pleno deste Tribunal.

3. Apelo conhecido e provido. Em reexame necessário, sentença modificada. À unanimidade



ACÓRDÃO

Vistos, etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Público deste Egrégio Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso de Apelação e Dar-lhe Provisão e, em reexame necessário, modificar a sentença, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

Plenário da Primeira Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos dezesseis dias do mês de julho do ano de dois mil e dezoito.

Turma Julgadora: Desembargadores Célia Regina de Lima Pinheiro (Presidente), Roberto Gonçalves de Moura (Relator) e Ezilda Pastana Mutran (Membro)

Belém/PA, 16 de julho de 2018.

Desembargador ROBERTO GONÇALVES DE MOURA,
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. DES. ROBERTO GONÇALVES DE MOURA (RELATOR):

Trata-se de REEXAME NECESSÁRIO e APELAÇÃO CÍVEL interposta pelo INSTITUTO DE GESTÃO PREVIDENCIÁRIA DO ESTADO DO PARÁ-IGEPREV visando a reforma da sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital que, nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA, proc. nº 0009027-35.2006.8.14.0301, impetrado por MARIA DE NAZARÉ COSTA E OUTRAS, concedeu a segurança postulada.

Na origem, tem-se que a inicial (fls. 02/09) historia que as apeladas são funcionárias públicas aposentadas, tendo exercido suas atividades no Departamento de Educação Especial, atuando, portanto na área de educação especial. Aduzem que, pelo fato de terem exercido referida atividade, possuem direito líquido e certo a gratificação referente a atividade extraordinária no importe de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do vencimento base, nos moldes dos artigos 132, XI e 246, da Lei Estadual nº 5.810/94. Discorrem que nunca receberam a devida vantagem em seus proventos de aposentadoria, uma vez que a alteração legislativa foi posterior ao ato de aposentação, bem como que a conduta omissiva da autoridade apontada na inicial estão lhe causando enormes prejuízos.



Postularam, em sede liminar, a imediata incorporação da vantagem prevista em lei e no mérito a concessão da segurança.

Proferida a sentença (fls. 50/53), o Juiz de origem concedeu a segurança e determinou que a autoridade impetrada procedesse o imediato pagamento da gratificação, bem como o seu pagamento retroativo, observado o quinquídio legal anterior ao ajuizamento da ação.

Inconformado, o Instituto de Gestão Previdenciária do Estado do Pará interpôs apelação (fls. 73/82 v.), arguindo a prejudicial da decadência, uma vez que consta nos autos que o ato de aposentadoria mais recente de uma das apeladas ocorreu em 18/11/2013 e a demanda somente foi proposta em 03/05/2006, sendo muito superior ao prazo de 120 (cento e vinte dias), previsto no artigo 23, da Lei nº 12.016/09. Sustenta, também, a existência da prescrição quinquenal nos termos do artigo 1º, do Decreto Lei nº 20.919/32.

Nas razões de mérito, defende que a gratificação de magistério por regência na educação especial prevista no artigo 32, da Lei nº 7.444/2010 e a gratificação de educação especial com supedâneo no artigo 246, da Lei nº 5.810/94 c/c artigo 31, XIX, da Constituição Estadual, possuem o mesmo fato gerador, sendo, portanto, impossível de cumularem-se. Aduz, ainda, que a parcela de gratificação de magistério possui natureza jurídica transitória, de modo que não cabe seu pagamento em favor dos servidores na inatividade.

Defende que a Lei Complementar nº 039/02, em seu artigo 94º revogou as disposições legais que impliquem em incorporação em proventos de aposentadoria de verbas de caráter temporário.

Sustenta, ainda, a impossibilidade de cobrança de valores em sede de mandado de segurança, pugnando, ao final, pelo provimento do apelo com vistas a reforma da decisão combatida.

Postula, ao final, o conhecimento e provimento do apelo com vistas a reforma da decisão combatida.

Foram ofertadas contrarrazões (fls. 92/98), tendo as recorridas rechaçado a ocorrência de prescrição e no mérito sustentado a constitucionalidade da gratificação postulada.

Os autos foram distribuídos à minha Relatoria (fl. 94).

Instado a se manifestar, o Ministério Público com assento neste grau, em parecer (fls.103/106 v.), opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório do essencial.



VOTO

O EXMO. SR. DES. ROBERTO GONÇALVES DE MOURA (RELATOR):

Conheço do reexame necessário e da apelação, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Havendo preliminares arguidas, passo às suas análises.

Preliminar de decadência c/c prescrição quinquenal.

Discorre o ente apelante sobre existência de prejudicial de decadência, sob o fundamento de que o ato de aposentadoria mais recente de uma das apeladas ocorreu em 18/11/2013 e a demanda somente foi proposta em 03/05/2006, sendo muito superior ao prazo de 120 (cento e vinte dias), bem como a existência de prescrição quinquenal prevista no Decreto Lei nº 20.910/32.

Todavia, razão não assiste ao apelante. Isso porque nas ações em que se discute o recebimento de vantagem pecuniária, inexistindo manifestação expressa do direito reclamado pela Administração Pública, não ocorre a prescrição do direito de ação, mas tão somente das parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu a propositura da ação, ficando caracterizada a relação de trato sucessivo, incidindo com isso, a súmula nº 85 do Col. STJ, *in verbis*

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

De igual modo, não há que se falar também em decadência, pois em se tratando de conduta omissiva por parte do ente público, a pretensão do direito reclamado se renova mês a mês, afastando-se com isso, a incidência do referido instituto.

Na espécie, as apeladas buscam a incorporação de vantagem pecuniária denominada gratificação pelo exercício de atividade de educação especial que nunca perceberam quando em atividade. Desse modo, como não houve comprovação da negativa do direito reclamado por parte do ente recorrente, descabe falar em prescrição do fundo de direito e decadência, uma vez que em se tratando de conduta omissiva, a pretensão se renova mês a mês.

Assim sendo, rejeito ambas as prejudiciais suscitadas.

Mérito

Superada análise preliminar, tem-se que a controvérsia meritória consiste na aferição do direito das apeladas na percepção do percentual de 50% (cinquenta por cento) sobre o vencimento base, a título de gratificação de exercício de atividade de educação especial. A referida vantagem foi disciplinada na Constituição do Estado do Pará, em seu art. 31, inciso XIX e na Lei Estadual nº 5.810/94, artigos 132, inciso XI e 246.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes, do Recurso Extraordinário 745.811/PA, em sede de repercussão geral, entendeu pela inconstitucionalidade dos artigos. 132, inciso XI e 246, da Lei nº 5.810/94, pelo fato de os referidos dispositivos



serem resultado de emenda parlamentar, portanto eivados de vício formal, tendo em vista a reserva de iniciativa do Poder Executivo para o caso que verse sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração e que acarrete o aumento de despesa.

Posteriormente, em 09/03/2016, com o julgamento do mandado de segurança nº 2013.3.004762-7, de relatoria do Des. Constantino Augusto Guerreiro, em sessão do Pleno deste TJ, restou assentado no Acórdão 156.937/2016, de forma incidental, a inconstitucionalidade do art. 31, inciso XIX, da Constituição Estadual, em virtude de sua contrariedade à previsão do art. 61, § 1º, II, a, da Constituição Federal.

Nessa linha de raciocínio, a jurisprudência deste Tribunal assentou o entendimento acerca da impossibilidade de incorporação da referida vantagem ante a sua inconstitucionalidade por vício de iniciativa, conforme os arestos a seguir:

MANDADO DE SEGURANÇA. GRATIFICAÇÃO PELO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE NA ÁREA DE EDUCAÇÃO ESPECIAL. DECLARADA A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 31, XIX, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARÁ PELO TJ/PA. VÍCIO DE INICIATIVA. MATÉRIA RESERVADA À INICIATIVA DO GOVERNADOR. SANADO O VÍCIO APONTADO. RECURSO PROVIDO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. O art. 31, XIX, da Constituição do Estado do Pará que assegura aos servidores públicos civis, a gratificação de 50% (cinquenta por cento) do vencimento para os servidores em atividade na área da educação especial, está eivado de inconstitucionalidade formal, face o latente vício de iniciativa.

2. Declarada a inconstitucionalidade formal do art. 31, XIX da Constituição do Estado do Pará pelo Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. 3. Segurança denegada.

(Número do processo CNJ: 0000916-19.2013.8.14.0000 Número do acórdão: 165.286 Tipo de Processo: Mandado de Segurança Órgão Julgador: CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS Decisão: ACÓRDÃO Relator: LEONARDO DE NORONHA TAVARES Seção: CÍVEL Data de Julgamento: 27/09/2016).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO ACÓRDÃO PROFERIDO. ASSISTE RAZÃO AO EMBARGANTE AO INSURGIR-SE CONTRA A CONSTITUCIONALIDADE DO ART.31, XIX, POSTO QUE, A DESPEITO DESTA 1ª CÂMARA CÍVEL TER ENTENDIDO À ÉPOCA QUE O ARTIGO EM COMENTO SERIA CONSTITUCIONAL, A PRESENTE DECISÃO PRECISA SER REALINHADA ANTE A DECISÃO DO PLENO NAS ÚLTIMAS SEMANAS ACERCA DA MATÉRIA. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL HAVIA DECLARADO A INCONSTITUCIONALIDADE APENAS DOS ARTIGOS 132, XI E 246 DA LEI Nº 5.810/94, E O PLENO DO TJE/PA DECLAROU CONSTITUCIONAL O ART. 31, XIX, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARÁ, QUANDO APRECIOU INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE NA APELAÇÃO CÍVEL PROCESSO Nº 2006.3.007413-2, ACÓRDÃO Nº 69.969/2008, DA LAVRA DA DESEMBARGADORA ELIANA RITA DAHER ABUFAIAD, O QUE VINHA EMBASANDO AS DECISÕES DESTA RELATORA. OCORRE QUE EM SESSÃO REALIZADA NO DIA 09.03.2016, O PLENO DO TJE/PA REVIU O ENTENDIMENTO PROFERIDO NO ACÓRDÃO N.º 69.969, E DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSTO NO ART. 31, INCISO XIX, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARÁ, POR AFRONTA AO DISPOSTO NO ART. 61, § 1º, II, A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NESTE JULGADO FICOU CONSIGNADA A SUBORDINAÇÃO DO CONSTITUINTE ESTADUAL A LIMITAÇÃO DE RESERVA INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO EM RELAÇÃO AS LEIS QUE ESTABELEÇAM AUMENTO DE DESPESAS REMUNERATÓRIAS DO EXECUTIVO, EX VI ART. 61, § 1º, II, A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DO PRESENTE CASO AO ENTENDIMENTO DO PLENO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS E PROVIDOS PARA CONCEDER O EFEITO MODIFICATIVO A FIM DE QUE O ACÓRDÃO PROLATADO SEJA MODIFICADO E, UMA VEZ INCONTROVERSA A INCONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS LEGAIS QUE FUNDAMENTARAM O ACÓRDÃO, SEJA A SENTENÇA REFORMADA E A DEMANDA JULGADA IMPROCEDENTE, NOS TERMOS DO ART.269, I, DO CPC/1973. (Número do processo CNJ: 0001317-26.1999.8.14.0301 Número do acórdão: 158.519 Tipo de Processo: Apelação / Remessa Necessária Órgão



Julgador: 1ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA Decisão: ACÓRDÃO Relator: GLEIDE PEREIRA DE MOURA
Seção: CÍVEL Data de Julgamento: 18/04/2016).

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. GRATIFICAÇÃO PELO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE NA ÁREA DE EDUCAÇÃO ESPECIAL. DECISÃO DO STF E PLENO DO TJE/PA DECLARANDO A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 132, XI E 246 DA LEI Nº 5.810/94, E ART. 31, XIX, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARÁ, RESPECTIVAMENTE. RECURSO PROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDOS. RECURSO PROVIDO.

1. No julgamento do RE 745.8111/PA, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade formal dos artigos 132, XI e 246 da Lei n.º 5.810/94, e tendo ocorrido o trânsito em julgado, não há mais que se discutir acerca da inconstitucionalidade de tais dispositivos;
2. Em recente decisão, o Tribunal Pleno deste Egrégio Tribunal, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança n.º 2013.3.004762-7, de relatoria do Desembargador Constantino Augusto Guerreiro, declarou a inconstitucionalidade do art. 31, XIX, da Constituição do Estado do Pará, à unanimidade;
3. Reconhecida a inconstitucionalidade por vício formal, haja vista que somente lei ordinária proposta pelo Governador do Estado poderia tratar da matéria, por acarretar aumento de despesa, conforme estatui o art. 63, inciso I, da CF/88.
(2017.02356601-53, 176.249, Rel. EZILDA PASTANA MUTRAN, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO, Julgado em 2017-06-05, Publicado em 2017-06-07).

MANDADO DE SEGURANÇA. REJULGAMENTO. APLICAÇÃO DA NORMA PROCESSUAL NA ESPÉCIE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE Nº 745.811/PA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO DO COLEGIADO (ART. 543-B, § 3º DO CPC/73). GRATIFICAÇÃO PELO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE NA ÁREA DE EDUCAÇÃO ESPECIAL. DECISÃO DO STF DECLARANDO A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 132, XI E 246 DA LEI Nº 5.810/94. POSTERIOR JULGAMENTO, PELO PLENO DESTA TJ/PA, DECLARANDO A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 31, XIX, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARÁ. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NO JULGADO DO STF. ADEQUAÇÃO DA DECISÃO COLEGIADA AO RE 745.811/PA. SEGURANÇA DENEGADA. DECISÃO UNÂNIME. 1 - Por ocasião do julgamento do RE 745.811/PA, apreciado em sede de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade formal dos artigos 132, XI e 246 da Lei n.º 5.810/94 (Regime Jurídico Único), que assegurava a gratificação de 50% (cinquenta por cento) do vencimento para os servidores em atividade na área da educação especial, tendo em vista que referidos dispositivos sofrem de vício formal de iniciativa, porquanto cabe apenas ao Chefe do Executivo a resolução de edição de normas que alterem o padrão remuneratório de servidores, diante do que prevê o art. 61, § 1º, II, da Constituição Federal. 2 - Posterior decisão do Tribunal Pleno deste Egrégio Tribunal, a quando do julgamento do Mandado de Segurança n.º 2013.3.004762-7 (Acórdão n.º 156.937), declarou a inconstitucionalidade do artigo 31, XIX, da Constituição do Estado do Pará, seguindo a linha do RE 745.811/PA. 3 - Diante dos julgados supra, surge incabível a concessão de gratificação de 50% (cinquenta por cento) do vencimento dos servidores em atividade em área de educação especial, pelo que os Acórdãos n.º 92.062 e 105.601 prolatados devem ser modificados e uma vez incontroversa a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que o fundamentam, a segurança há de ser negada. 4 - Mandamus a que se nega a segurança à unanimidade.
(2017.04177533-06, 181.224, Rel. LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO, Órgão Julgador TRIBUNAL PLENO DE DIREITO PÚBLICO, Julgado em 2017-09-27, Publicado em 2017-09-29)

Nesse contexto, resta consolidada a ausência de direito das recorridas à incorporação da gratificação de educação especial, com alicerce na inconstitucionalidade dos artigos 132, XI e 246, do RJU, já declarada pelo STF e do art. 31, XIX, da Constituição Estadual, conforme precedente do Pleno deste Tribunal.



Ante o exposto, DOU PROVIMENTO à Apelação e reformo a sentença para denegar a segurança pleiteada.

Em reexame necessário, sentença modificada nos termos supra.

Deixo de proceder a inversão do ônus da sucumbência em relação aos honorários advocatícios, uma vez que não é cabível na espécie, nos moldes da súmula nº 512 do STF e art. 25, da Lei 12.016/09.

Sem custas.

É como o voto.

Belém, 16 de julho de 2018.

Desembargador ROBERTO GONÇALVES DE MOURA,
Relator