

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
GAB. DESEMB - SAMUEL MEIRA BRASIL JÚNIOR  
1 de fevereiro de 2011

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EMB DECLARAÇÃO EMB DECLARAÇÃO EMB  
DECLARAÇÃO REM EX-OFFICIO Nº 24030180418 - VITÓRIA - VARA FAZENDA PÚBLICA  
MUNICIPAL  
EMBARGANTE :ADAO PESENTE  
EMBARGADO : IPAMV PRES INSTITUTO PREV A SERV VITORIA e outro  
RELATOR DES. SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR

**RELATÓRIO**

**VOTOS**

**O SR. DESEMBARGADOR SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR (RELATOR):-**

Em verdade, não há omissão ou qualquer outro vício no v. Acórdão. As hipóteses de cabimento dos Embargos são: (i) omissão; (ii) contradição; (iii) obscuridade; e – acrescentado pela doutrina e jurisprudência – (iv) erro material.

No presente caso, muito embora não estejam presentes nenhuma das hipóteses legais de cabimento do recurso, os Embargos de Declaração devem ser parcialmente providos ante a premente necessidade de adequar o julgado às modificações jurisprudenciais supervenientes à situação sub examine.

Vale registrar que não se trata da modificação de um julgado em razão da alteração subjetiva de entendimento. Nesse sentido, vale acentuar que essa conduta seria inadmissível, pois conforme já sustentei (cf. Justiça, Direito e Processo: a Argumentação e o Direito Processual de Resultados Justos, São Paulo: Atlas, 2007, p. 62), não há margem na lei para que o relator ou um membro da Câmara possa rever seu posicionamento, seja em razão de dúvida pessoal, incerteza na formação da convicção ou insegurança em decidir.

Todavia, o presente caso não se trata de modificação subjetiva de entendimento, mas, apenas, de uma adequação a uma nova situação de fato que se apresenta nos autos a fim de se assegurar, substancialmente, a utilidade do provimento emanado por essa Corte.

Esse entendimento, aliás, não é novo.

Vale salientar que essa Egrégia Corte, em outra ocasião, já decidiu por prover os Embargos de Declaração para adequar o julgado às modificações jurisprudenciais

supervenientes, muito embora não estivessem presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso. In verbis:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO SOBRE A COMPETÊNCIA EM CASO DE ACIDENTE DO TRABALHO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. MODIFICAÇÃO DA POSIÇÃO DO STF SOBRE A EC 45/04. ALTERAÇÃO DO JULGADO. PRESTÍGIO A PRINCÍPIOS PROCESSUAIS. EMBARGOS PROVIDOS.

1. Na decisão embargada, conforme jurisprudência do STF à época, foi determinada a remessa para a Justiça do Trabalho diante da redação da EC 45/04. Ocorre que, posteriormente, o STF relativizou a regra, em que pese ser caso de competência absoluta, mantendo na Justiça Estadual os processos que tivessem sentença proferida ou ajuizados antes da EC 45/04.

2. Embora não haja omissão na decisão embargada ou qualquer outro tipo de vício a justificar o provimento dos aclaratórios, os embargos devem ser providos para manter a competência da Justiça Estadual diante do novo posicionamento do STF. Obediência aos princípios da duração razoável do processo, da economia processual, da celeridade e do devido processo legal substancial.

3. Embargos providos.

(Embargos de Declaração Ag Interno Agv Instrumento: 048.05.900052-0; Relator: SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR; SEGUNDA CÂMARA CÍVEL; Data de Julgamento: 10/01/2006; Data da Publicação no Diário: 04/04/2006)

Na hipótese acima citada, os Embargos de Declaração foram providos a fim de se manter a competência da justiça estadual em caso de acidente de trabalho diante do novo posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Vale salientar que, em observância aos princípios da duração razoável do processo, do devido processual legal substancial e de outros, foi adotado o entendimento dominante do Supremo Tribunal Federal, após um período constante de alterações de entendimento, em prol da segurança jurídica e da estrutura organizacional das respectivas Justiças.

Mutatis Mutandis, o mesmo raciocínio se aplica ao caso ora em julgamento.

Pois bem.

No julgamento da Apelação Cível, ocorrido em 15 de julho de 2009 (fl. 629/635), foi consignado que não era possível reconhecer a incorporação da gratificação de função especializada, do adicional de insalubridade e da gratificação instituída pelo Decreto 6.523.

Consignou-se que a gratificação de função especializada é devida apenas aos servidores em atividade, que se encontram no exercício de função específica. Consignou-se, por fim, quanto ao adicional de insalubridade e da gratificação instituída pelo Decreto 6.523, que aquelas não eram suscetíveis de incorporação. Nesse sentido:

## 2.2.2 DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não é admissível a incorporação do adicional de insalubridade aos proventos, pois o mesmo decorre do exercício de uma atividade realizada em condições nocivas exercida durante um

período de tempo. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. MAGISTÉRIO SUPERIOR. REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. ACRÉSCIMO. INTEGRAÇÃO. VENCIMENTO. UTILIZAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. INCORPORAÇÃO. PROVENTOS. APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE.

I – O art. 68, caput, da Lei nº 8.112/90 determina que o adicional de insalubridade incidirá sobre o vencimento.

II - O art. 31, § 5º, do Decreto nº 94.664/87, não instituiu adicional ou gratificação em razão da dedicação exclusiva, mas expressamente fixou o vencimento dos docentes em regime de dedicação exclusiva com um acréscimo de 50% (cinquenta por cento), em relação ao salário-básico da jornada de quarenta horas semanais.

III - O adicional de insalubridade constitui uma compensação ao servidor pela exposição a agentes nocivos à saúde, devendo cessar seu pagamento quando cessarem essas condições adversas.

IV – Impossibilidade de incorporação da rubrica aos proventos da aposentadoria.

Recurso parcialmente provido.

(REsp 373.966/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2004, DJ 23/08/2004 p. 262)

O adicional em questão poderia, em tese, ser incorporado mediante previsão legislativa por mera liberalidade do legislador. Nesse sentido:

Essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o servidor está prestando o serviço que as enseja, porque são retribuições pecuniárias pro labore faciendo e propter laborem. Cessado o trabalho que lhes dá causa ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento. Daí por que não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem são auferidas na disponibilidade e na aposentadoria, salvo quando a lei expressamente o determina, por liberalidade do legislador.

Todavia, a legislação de regência (lei 3.110/83) previu expressamente que a referida vantagem pecuniária seria não permanente e, portanto, não incorporável.

### 2.2.3 DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO ESPECIALIZADA

De igual modo, a gratificação por exercício de função especializada é, conforme expressa previsão legal, deferida apenas aqueles que “efetivamente exerçam essa especialização”, nos termos do art. 1º da Lei nº 3.272/85, razão pela qual a referida verba não se incorpora aos proventos. Nesse sentido:

Art. 1º – Fica concedida uma gratificação de 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo regional aos operários municipais especializados, e que efetivamente exerçam essa especialização, devidamente anotada em sua carteira profissional (o destaque é nosso).

Portanto, é notório que a referida gratificação só deve ser paga aos servidores da ativa, pois a Lei condiciona o seu pagamento ao efetivo exercício da função especializada.

Nessa linha de raciocínio, não é possível reconhecer a incorporação pretendida, ante a falta de expressa previsão legal. Por sua vez, se a incorporação da gratificação para fins de aposentadoria não consta de legislação específica, então não há direito líquido e certo a ser tutelado. Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. DELEGADO CIVIL APOSENTADO. GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO. INCORPORAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO-DEMONSTRADO. 1. Se a legislação invocada pelo recorrente não confere ao servidor inativo o direito à incorporação para fins de aposentadoria da gratificação de representação, o recurso não merece provimento diante da ausência de demonstração do direito líquido e certo do impetrante. 2. Recurso improvido. (RMS 10480/RO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 07/12/2006. DJ 12/02/2006. p. 299)

#### 2.2.4 DA GRATIFICAÇÃO INSTITUÍDA PELO DECRETO 6.523

A gratificação instituída pelo decreto 6.523, pelas mesmas razões acima expendidas, não é incorporável aos proventos, pois, consoante previsto no próprio decreto, a mesma somente é destinada aos motoristas designados para conduzir veículos coletores de lixo quando em serviço.

Logo, destina-se apenas aos servidores da ativa e não aos aposentados.

A par das considerações expendidas, o ora Apelado apenas faz jus a reincorporação da rubrica incorporação de salário – 120, referente às horas extras.

Ocorre que a questão quanto à incorporação da gratificação de função especializada foi objeto de uma sensível modificação jurisprudencial, hoje já consolidada em sede de incidente de uniformização.

No Incidente de Uniformização nº 24060274909, julgado em 06 de maio de 2010, o Egrégio Tribunal Pleno decidiu que a gratificação de função especializada, embora nominada de gratificação, assumiu nítido caráter de vencimentos, constituindo vantagem habitual, razão pela qual deveria ser incorporada à remuneração e aos proventos. Nesse sentido, veja:

EMENTA: INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - DIVERGÊNCIA ENTRE AS DECISÕES DAS CÂMARAS CÍVEIS DESTE SODALÍCIO - INATIVOS DO MUNICÍPIO DE VITÓRIA - INCORPORAÇÃO DAS VERBAS: HORAS EXTRAS; ADICIONAL NOTURNO; GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO ESPECIALIZADA PREVISTA PELA LEI MUNICIPAL Nº 3.272/85 - NATUREZA JURÍDICA DESTAS VERBAS. I - Propter laborem são verbas que não se incorporam ao vencimento e também não são auferidas quando o funcionário estiver em disponibilidade ou na aposentadoria, exceto quando houver previsão legal para tanto. Dessa forma, verifica-se que, tanto o adicional noturno, quanto as horas extras são vantagens pro labore faciendo, também conhecidas como vantagens propter laborem, pois dependem de um trabalho a ser feito e que somente mediante a comprovação da excepcionalidade desse serviço, é que pode haver sua indenização. II - Ademais, é da própria natureza do adicional noturno e das horas extras que seu

pagamento se dê apenas aos servidores que efetivamente trabalharem em condições especiais, o que não ocorre em relação aos inativos e, ainda, conforme dispõe o art. 158 §1º da Lei Municipal nº 2.994/82, somente as vantagens permanentes serão incorporadas aos proventos. III - Quanto à gratificação de função especializada, verifica-se que esta foi instituída pela Lei Municipal nº 3.272/85 e estendida a diversas categorias de servidores, conforme se vê do teor do art. 1º, que assim nos apresenta: Art. 1º - Fica concedida uma gratificação de 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo regional aos operários municipais especializados, e que efetivamente exerçam essa especialização, devidamente anotada em sua carteira profissional. §1º Consideram-se operários especializados, para efeito da aplicação da presente lei, as seguintes categorias: Mecânico, Pedreiro, Calceteiro, Carpinteiro, Ladrilheiro, Bombeiro hidráulico, Jardineiro, Lanterneiro, Armador, Pintor, Eletricista, Cavouqueiro, Marceneiro, Oficial de drenagem, soldador, feitor. IV - Nesse diapasão, é de se notar que a gratificação tem um nítido caráter de vencimento, denominado equivocadamente pela Administração Pública como gratificação, porque é percebida por todos os servidores descritos na lei, além pelos assim equiparados, como no caso dos motoristas, consubstanciando em uma vantagem habitual. O referido benefício foi instituído de forma linear e geral, não prevendo qualquer função específica a ser exercida para que os servidores tenham o direito a seu recebimento, devendo ser estendida aos agentes públicos inativos. V - A tese jurídica acolhida por este incidente de uniformização de jurisprudência reconheceu que não há direito à incorporação de hora extra e adicional noturno à inatividade e, ainda, reconheceu o direito de incorporação da gratificação de função especializada aos proventos dos inativos que recebem o benefício em virtude da Lei nº 3.272/85, do Município de Vitória, nos termos do voto do Eminent Relator. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 024.060.274.909, constando como remetente o Sr. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública Municipal de Vitória e Suscitados o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Município de Vitória e outros. Acorda o Egrégio Tribunal Pleno, em conformidade com a ATA e notas taquigráficas respectivas, por maioria de votos, acolher o incidente para reconhecer que não há direito à incorporação de hora extra e adicional noturno à inatividade, e reconhecer o direito de incorporação da gratificação de função especializada aos proventos inativos que receberem o benefício em virtude da Lei nº 3.272/85, do Município de Vitória, nos termos do voto do Eminent Relator. (TJES, Classe: Incidente de Uniformização de Jurisprudência, 24060274909, Relator : MAURÍLIO ALMEIDA DE ABREU, Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 06/05/2010, Data da Publicação no Diário: 31/05/2010)

Tendo em vista a modificação substancial da situação sub examine em relação aos julgados anteriores, uma vez que a gratificação de função especializada teve reconhecida seu caráter vencimental, o recurso de Embargos de Declaração deve ser provido para acolher o novo entendimento jurisprudencial supracitado.

A decisão embargada se mantém nos demais aspectos, inclusive no tocante ao adicional de insalubridade e à gratificação instituída pelo Decreto nº 6.523, as quais não são suscetíveis de incorporação.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso aclaratório, para reincorporar aos proventos do ora Embargante a gratificação de função especializada.

Considerando a sucumbência recíproca, declaro distribuídas e compensadas as custas e os honorários advocatícios, nos termos do art. 21 do diploma processual civil.

\*

**O SR. DESEMBARGADOR JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA :-**

\*

**O SR. DESEMBARGADOR MARIA DO CEU PITANGA PINTO :-**

\*

### **DECISÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EMB DECLARAÇÃO EMB DECLARAÇÃO EMB DECLARAÇÃO REM EX-OFFICIO Nº 24030180418, em que são as partes as acima indicadas, ACORDA o Egrégio Tribunal de Justiça do Espírito Santo (Segunda Câmara Cível), na conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, em, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso.

\*

\*

\*



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418  
EMBGTE.: ADÃO PESENTE  
EMBGDOS.: IPAMV - PRES INSTITUTO PREVIDÊNCIA A SERV VITÓRIA E MUNICÍPIO DE VITÓRIA  
RELATOR: O SR. DESEMBARGADOR SAMUEL MEIRA BRASIL JÚNIOR

R E L A T Ó R I O

O SR. DESEMBARGADOR SAMUEL MEIRA BRASIL JÚNIOR (RELATOR) :-

Trata-se de Embargos de Declaração opostos por ADÃO PESENTE (fls. 637/683) e pelo IPAMV (fls. 708/717) em face da decisão monocrática de fls. 629/635, ora embargada, não admitiu os Embargos de Declaração opostos por IPAMV, acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Município de Vitória, excluindo-o da lide, bem como deu parcial provimento à apelação do IPAMV, para reformar a sentença, concedendo parcialmente a segurança pleiteada, para determinar a incorporação da vantagem "incorporação de salário (12)", referente às horas extras incorporadas, bem como para condenar o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

O Primeiro Recorrente (Adão Pesente) pretende notadamente a reforma da decisão monocrática, alegando, em síntese, que: (i) a decisão recorrida se omitiu quanto à análise dos dispositivos legais que amparam o pedido de incorporação nos vencimentos da ativa do ex-servidor, relativos às verbas em exame; e (ii) o recorrente tem direito líquido e certo à incorporação aos seus proventos dos valores correspondentes à "Gratificação de Função Especializada", ao adicional de insalubridade, bem como à gratificação instituída pelo decreto 6.523/83.

Da mesma forma, o Segundo Recorrente - IPAMV - pretende a reforma da decisão embargada, ao argumento de que esta se omitiu quanto à análise da ausência de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418  
previsão legal para a incorporação da parcela denominada "horas extras" aos proventos, já que o seu pagamento está condicionado à efetiva atividade do servidor. A título de prequestionamento, pleiteia manifestação acerca dos arts. 37, XIV e 40, § 1º da CF e do art. 1º da Lei 9.717/98, com redação dada pela Lei 10.887/04.

Nas contrarrazões de fls. 685/706, o Município de Vitória pugna pelo desprovemento do recurso, argumentando, em síntese, que a integralidade constitucionalmente assegurada não enseja o direito de receber, na inatividade, de forma integral e na totalidade, a remuneração recebida enquanto na ativa, inclusive gratificações, como pretende o Primeiro Recorrente.

É o relatório. Inclua-se em pauta de julgamento.

\*

V O T O

O SR. DESEMBARGADOR SAMUEL MEIRA BRASIL JÚNIOR (RELATOR) :-

**1- DA INTEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS DO IPAMV** (fls. 708/717)

Os embargos opostos pelo IPAMV não merecem ser acolhidos por serem intempestivos, mesmo se considerado o prazo de 10 (dez) dias (prazo dobrado) para oposição dos Embargos de Declaração pela Autarquia Embargante, nos termos do artigo 535 c/c 188 do Código de Processo Civil.

Vê-se que o Embargante foi intimado da r. Decisão Monocrática em **23.07.2009**, quinta-feira (certidão de fls. 636), de forma que o prazo para os Embargos de Declaração teve início no dia 24.07.2009 (sexta-feira) e terminaria



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418 no dia 02.08.2009, um domingo, o que fez com que tal prazo se prorrogasse até o dia **03.08.2009** (segunda-feira).

Entretanto, somente no dia **05.08.2009** (quarta-feira), já ultrapassado o prazo legal e após ser intimado para apresentar contrarrazões aos Embargos opostos por Adão Pesente (fls. 684), o IPAMV opôs os presentes embargos.

Ante o exposto, **NÃO ADMITO** o recurso.

É como voto.

\*

V O T O S

O SR. DESEMBARGADOR JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA:-

Acompanho o voto do Eminentíssimo Relator.

\*

O SR. DESEMBARGADOR CARLOS SIMÕES FONSECA:-  
Voto no mesmo sentido.

\*



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418

V O T O

O SR. DESEMBARGADOR SAMUEL MEIRA BRASIL JÚNIOR  
(RELATOR) :-

**2 - DO RECEBIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COMO AGRAVO INTERNO**

O Colendo Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que os Embargos de Declaração opostos em face de decisão proferida pelo relator com pretensão infringente devem ser recebidos e julgados como Agravo Interno. Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RECEPÇÃO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INSCRIÇÃO DO DEVEDOR NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. LEGITIMIDADE. 1. **Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática proferida pelo relator do feito no Tribunal, em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade.** 2. Para obstar a negativação nos cadastros de proteção ao crédito torna-se indispensável que o devedor demonstre a presença concomitante dos seguintes requisitos: (a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; (b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; e (c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418 prudente arbítrio do magistrado. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (EDcl no Resp 916.879/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 11/05/2009)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE RECONSIDERA A ANTERIOR PARA DETERMINAR SUBIDA DO RESP. INTIMAÇÃO DO AGRAVO. DESNECESSIDADE. IRRECORRIBILIDADE. ART. 228, § 2º, DO RISTJ. VÍCIO DE ADMISSIBILIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO-EVIDENCIADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL, NÃO-PROVIDO. 1. **Constatado que os aclaratórios ostentam pretensão exclusivamente infringente, por força dos princípios da celeridade processual e da fungibilidade recursal, o recurso deve ser conhecido como agravo regimental.** 2. Os arts. 545, segunda parte, 557, § 1º, do CPC e 258 do RISTJ não condicionam o julgamento do agravo regimental ou o juízo de retratação do relator à abertura de prazo para a resposta da parte agravada. 3. O artigo 258, § 2º, do RI/STJ dispõe que é irrecorrível a decisão que dá provimento ao agravo de instrumento tão-somente para determinar a subida do recurso especial. 4. Excepcionalmente, admite-se recurso quando o agravo de instrumento possui algum vício referente aos seus pressupostos de admissibilidade, o que não é o caso dos autos. 5. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental. 6. Agravo regimental não-provido. (EDcl no AgRg no Ag 976769/SC, Rel. Ministro BENEDITO GON-



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418  
ÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/02/2009,  
DJe 05/03/2009) - [destaquei].

No caso em julgamento, o Recorrente pleiteia notadamente a reforma da decisão monocrática proferida no julgamento da Apelação, o que justifica o conhecimento dos aclaratórios como Agravo Interno.

Assim, **RECEBO O RECURSO COMO AGRAVO INTERNO** e passo a analisar as questões suscitadas.

\*

V O T O S

O SR. DESEMBARGADOR JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA:-

Acompanho o voto do Eminente Relator.

\*

O SR. DESEMBARGADOR CARLOS SIMÕES FONSECA:-  
Voto no mesmo sentido.

\*



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418

V O T O

O SR. DESEMBARGADOR SAMUEL MEIRA BRASIL JÚNIOR (RELATOR) :-

**3 - DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO**

O recurso interposto por Adão Pesente não merece acolhida, uma vez que inexistente omissão ou qualquer outro vício no acórdão impugnado. As questões suscitadas foram claramente enfrentadas, sendo nítido o propósito de rediscussão da causa encartado no recurso em apreço.

Os argumentos utilizados no recurso revelam apenas a discordância do Recorrente com o mérito da decisão recorrida que, em verdade, manifestou-se, expressa e claramente, sobre todas as questões relevantes postas em juízo, restando fartamente esclarecido que não há como reconhecer o direito líquido e certo alegado pelo Recorrente.

Nesse contexto, o recurso de apelação interposto pelo ora Recorrente foi parcialmente provido, nos seguintes termos:

**2.2 INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO**

Versam os autos sobre a supressão das vantagens de gratificação de função especializada, incorporação de salário, insalubridade e gratificação instituída pelo Decreto n° 6.523 dos proventos do ora Apelado.

Passo a analisar a possibilidade de incorporação aos proventos de cada uma das vantagens acima citadas:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418  
2.2.1 INCORPORAÇÃO SALÁRIO DAS HORAS EXTRAS

As horas extras foram incorporadas por acordo realizado no momento da transmutação do regime de celetista para estatutário (fl. 36). Razão pela qual, integram a remuneração do ora Apelado e não podem ser suprimidas. Nesse sentido, o STJ:

MANDADO DE SEGURANÇA.

- **É contrário ao direito do servidor a exclusão, quando de sua aposentadoria, da parcela, incorporada aos seus vencimentos, correspondente a horas-extras ao tempo de celetista.**

- Recurso ordinário acolhido.

(RMS 9.164/GO, Rel. Ministro FONTES DE ALENCAR, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2000, DJ 18/09/2000 p. 161)

A r. Sentença não merece modificação nesse aspecto.

2.2.2 DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não é admissível a incorporação do adicional de insalubridade aos proventos, pois o mesmo decorre do exercício de uma atividade realizada em condições nocivas exercida durante um período de tempo. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. MAGISTÉRIO SUPERIOR. REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. ACRÉSCIMO. INTEGRAÇÃO. VENCIMENTO. UTILIZAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418  
INCORPORAÇÃO. PROVENTOS. APOSENTADORIA.  
IMPOSSIBILIDADE.

I - O art. 68, caput, da Lei n° 8.112/90 determina que o adicional de insalubridade incidirá sobre o vencimento.

II - O art. 31, § 5°, do Decreto n° 94.664/87, não instituiu adicional ou gratificação em razão da dedicação exclusiva, mas expressamente fixou o vencimento dos docentes em regime de dedicação exclusiva com um acréscimo de 50% (cinquenta por cento), em relação ao salário-básico da jornada de quarenta horas semanais.

III - **O adicional de insalubridade constitui uma compensação ao servidor pela exposição a agentes nocivos à saúde, devendo cessar seu pagamento quando cessarem essas condições adversas.**

IV - Impossibilidade de incorporação da rubrica aos proventos da aposentadoria.  
Recurso parcialmente provido.

(REsp 373.966/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2004, DJ 23/08/2004 p. 262)

O adicional em questão poderia, em tese, ser incorporado mediante previsão legislativa por mera liberalidade do legislador. Nesse sentido:

Essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o servidor está prestando o serviço que as enseja, porque são retribuições pecuniárias *pro labore faciendo e propter laborem*. Cessado o



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418

trabalho que lhes dá causa ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento. Daí por que não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem são auferidas na disponibilidade e na aposentadoria, salvo quando a lei expressamente o determina, por liberalidade do legislador.

Todavia, a legislação de regência (lei 3.110/83) previu expressamente que a referida vantagem pecuniária seria não permanente e, portanto, não incorporável.

### 2.2.3 DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO ESPECIALIZADA

De igual modo, a gratificação por exercício de função especializada é, conforme expressa previsão legal, deferida apenas aqueles que "efetivamente exerçam essa especialização", nos termos do art. 1° da Lei n° 3.272/85, razão pela qual a referida verba não se incorpora aos proventos. Nesse sentido:

Art. 1° - Fica concedida uma gratificação de 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo regional aos operários municipais especializados, e que efetivamente exerçam essa especialização, devidamente anotada em sua carteira profissional (o destaque é nosso).

Portanto, é notório que a referida gratificação só deve ser paga aos servidores da ativa, pois a Lei condiciona o seu pagamen-



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418 to ao **efetivo exercício** da função especializada.

Nessa linha de raciocínio, não é possível reconhecer a incorporação pretendida, ante a falta de expressa previsão legal. Por sua vez, se a incorporação da gratificação para fins de aposentadoria não consta de legislação específica, então não há direito líquido e certo a ser tutelado. Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. DELEGADO CIVIL APOSENTADO. GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO. INCORPORAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO-DEMONSTRADO. 1. **Se a legislação invocada pelo recorrente não confere ao servidor inativo o direito à incorporação para fins de aposentadoria da gratificação de representação, o recurso não merece provimento diante da ausência de demonstração do direito líquido e certo do impetrante.** 2. Recurso improvido. (RMS 10480/RO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 07/12/2006. DJ 12/02/2006. p. 299)

2.2.4 DA GRATIFICAÇÃO INSTITUÍDA PELO DECRETO 6.523

A gratificação instituída pelo decreto 6.523, pelas mesmas razões acima expostas, não é incorporável aos proventos, pois, consoante previsto no próprio decreto, a mesma somente é destinada aos motoristas designados para conduzir veículos coletores de lixo **quando em serviço**.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418

Logo, destina-se apenas aos servidores da ativa e não aos aposentados.

A par das considerações expendidas, o ora Apelado apenas faz jus a reincorporação da rubrica incorporação de salário - 120, referente às horas extras.

### **2.3 DISPOSITIVO**

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DO IPAMV**, para reformar a r. Sentença, concedendo parcialmente a segurança pleiteada para determinar a reincorporação da vantagem "incorporação de salário (120).", referente às horas extras incorporadas.

Diante da sucumbência da maior parte do pedido, **CONDENO** o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Considerando, todavia, a concessão da assistência judiciária gratuita, aplico o art. 12 da Lei n° 1.060/50.

Intimem-se. Publique-se na íntegra.

Conforme se depreende da decisão recorrida, não há direito líquido e certo à incorporação aos proventos do Recorrente dos valores correspondentes à "Gratificação de Função Especializada", ao adicional de insalubridade, bem como à gratificação instituída pelo decreto 6.523/83, já que, além de não haver previsão legal neste sentido, o disposto na Constituição Federal acerca da aposentadoria dos servidores públicos não assegura ao mesmo o direito de receber, na inatividade, remuneração idêntica à recebida enquanto na ativa, incluídas todas as gratificações.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418

Mantenho, pois, a argumentação desenvolvida na oportunidade, não tendo identificado qualquer omissão ou outro vício na decisão monocrática.

Ante o exposto, **CONVERTO** o recurso de Embargos de Declaração em Agravo Interno para, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo na íntegra a decisão recorrida.

É como voto.

\*

V O T O S

O SR. DESEMBARGADOR JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA:-

Acompanho o voto do Eminentíssimo Relator.

\*

O SR. DESEMBARGADOR CARLOS SIMÕES FONSECA:-  
Voto no mesmo sentido.

\*



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418

D E C I S ã O

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: à unanimidade, não admitir os embargos declaratórios.

\*

\*

\*

vp\*



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418  
EMBGTE.: IPAMV - PRES INSTITUTO PREVIDÊNCIA A SERV VITÓRIA  
EMBGDO.: ADÃO PESENTE  
P. INT. ATIVA: MUNICÍPIO DE VITÓRIA  
RELATOR: O SR. DESEMBARGADOR SAMUEL MEIRA BRASIL JÚNIOR

R E L A T Ó R I O

O SR. DESEMBARGADOR SAMUEL MEIRA BRASIL JÚNIOR (RELATOR) :-

Trata-se de Embargos de Declaração opostos por ADÃO PESENTE (fls. 637/683) e pelo IPAMV (fls. 708/717) em face da decisão monocrática de fls. 629/635, ora embargada, não admitiu os Embargos de Declaração opostos por IPAMV, acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Município de Vitória, excluindo-o da lide, bem como deu parcial provimento à apelação do IPAMV, para reformar a sentença, concedendo parcialmente a segurança pleiteada, para determinar a incorporação da vantagem "incorporação de salário (12)", referente às horas extras incorporadas, bem como para condenar o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

O Primeiro Recorrente (Adão Pesente) pretende notadamente a reforma da decisão monocrática, alegando, em síntese, que: (i) a decisão recorrida se omitiu quanto à análise dos dispositivos legais que amparam o pedido de incorporação nos vencimentos da ativa do ex-servidor, relativos às verbas em exame; e (ii) o recorrente tem direito líquido e certo à incorporação aos seus proventos dos valores correspondentes à "Gratificação de Função Especializada", ao adicional de insalubridade, bem como à gratificação instituída pelo decreto 6.523/83.

Da mesma forma, o Segundo Recorrente - IPAMV - pretende a reforma da decisão embargada, ao argumento de que esta se omitiu quanto à análise da ausência de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418  
previsão legal para a incorporação da parcela denominada "horas extras" aos proventos, já que o seu pagamento está condicionado à efetiva atividade do servidor. A título de prequestionamento, pleiteia manifestação acerca dos arts. 37, XIV e 40, § 1º da CF e do art. 1º da Lei 9.717/98, com redação dada pela Lei 10.887/04.

Nas contrarrazões de fls. 685/706, o Município de Vitória pugna pelo desprovemento do recurso, argumentando, em síntese, que a integralidade constitucionalmente assegurada não enseja o direito de receber, na inatividade, de forma integral e na totalidade, a remuneração recebida enquanto na ativa, inclusive gratificações, como pretende o Primeiro Recorrente.

É o relatório. Inclua-se em pauta de julgamento.

\*

V O T O

O SR. DESEMBARGADOR SAMUEL MEIRA BRASIL JÚNIOR (RELATOR) :-

**1- DA INTEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS DO IPAMV** (fls. 708/717)

Os embargos opostos pelo IPAMV não merecem ser acolhidos por serem intempestivos, mesmo se considerado o prazo de 10 (dez) dias (prazo dobrado) para oposição dos Embargos de Declaração pela Autarquia Embargante, nos termos do artigo 535 c/c 188 do Código de Processo Civil.

Vê-se que o Embargante foi intimado da r. Decisão Monocrática em **23.07.2009**, quinta-feira (certidão de fls. 636), de forma que o prazo para os Embargos de Declaração teve início no dia 24.07.2009 (sexta-feira) e terminaria



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418 no dia 02.08.2009, um domingo, o que fez com que tal prazo se prorrogasse até o dia **03.08.2009** (segunda-feira).

Entretanto, somente no dia **05.08.2009** (quarta-feira), já ultrapassado o prazo legal e após ser intimado para apresentar contrarrazões aos Embargos opostos por Adão Pesente (fls. 684), o IPAMV opôs os presentes embargos.

Ante o exposto, **NÃO ADMITO** o recurso.  
É como voto.

\*

V O T O S

O SR. DESEMBARGADOR JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA:-  
Acompanho o voto do Eminentíssimo Relator.

\*

O SR. DESEMBARGADOR CARLOS SIMÕES FONSECA:-  
Voto no mesmo sentido.

\*



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418

V O T O

O SR. DESEMBARGADOR SAMUEL MEIRA BRASIL JÚNIOR  
(RELATOR) :-

**2 - DO RECEBIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COMO AGRAVO INTERNO**

O Colendo Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que os Embargos de Declaração opostos em face de decisão proferida pelo relator com pretensão infringente devem ser recebidos e julgados como Agravo Interno. Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RECEPÇÃO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INSCRIÇÃO DO DEVEDOR NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. LEGITIMIDADE. 1. **Aditem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática proferida pelo relator do feito no Tribunal, em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade.** 2. Para obstar a negativação nos cadastros de proteção ao crédito torna-se indispensável que o devedor demonstre a presença concomitante dos seguintes requisitos: (a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; (b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; e (c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418

por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (EDcl no REsp 916.879/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 11/05/2009)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE RECONSIDERA A ANTERIOR PARA DETERMINAR SUBIDA DO RESP. INTIMAÇÃO DO AGRAVO. DESNECESSIDADE. IRRECORRIBILIDADE. ART. 228, § 2º, DO RISTJ. VÍCIO DE ADMISSIBILIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO-EVIDENCIADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL, NÃO-PROVIDO. 1. **Constatado que os aclaratórios ostentam pretensão exclusivamente infringente, por força dos princípios da celeridade processual e da fungibilidade recursal, o recurso deve ser conhecido como agravo regimental.** 2. Os arts. 545, segunda parte, 557, § 1º, do CPC e 258 do RISTJ não condicionam o julgamento do agravo regimental ou o juízo de retratação do relator à abertura de prazo para a resposta da parte agravada. 3. O artigo 258, § 2º, do RI/STJ dispõe que é irrecorrível a decisão que dá provimento ao agravo de instrumento tão-somente para determinar a subida do recurso especial. 4. Excepcionalmente, admite-se recurso quando o agravo de instrumento possui algum vício referente aos seus pressupostos de admissibilidade, o que não é o caso dos autos. 5. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental. 6. Agravo regimental não-provido. (EDcl no AgRg no Ag 976769/SC, Rel. Ministro BENEDITO GON-



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418  
ÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/02/2009,  
DJe 05/03/2009) - [destaquei].

No caso em julgamento, o Recorrente pleiteia notadamente a reforma da decisão monocrática proferida no julgamento da Apelação, o que justifica o conhecimento dos aclaratórios como Agravo Interno.

Assim, **RECEBO O RECURSO COMO AGRAVO INTERNO** e passo a analisar as questões suscitadas.

\*

V O T O S

O SR. DESEMBARGADOR JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA:-  
Acompanho o voto do Eminentíssimo Relator.

\*

O SR. DESEMBARGADOR CARLOS SIMÕES FONSECA:-  
Voto no mesmo sentido.

\*



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418

V O T O

O SR. DESEMBARGADOR SAMUEL MEIRA BRASIL JÚNIOR  
(RELATOR) :-

**3 - DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO**

Os recurso interposto por Adão Pesença não merece acolhida, uma vez que inexistente omissão ou qualquer outro vício no acórdão impugnado. As questões suscitadas foram claramente enfrentadas, sendo nítido o propósito de rediscussão da causa encartado no recurso em apreço.

Os argumentos utilizados no recurso revelam apenas a discordância do Recorrente com o mérito da decisão recorrida que, em verdade, manifestou-se, expressa e claramente, sobre todas as questões relevantes postas em juízo, restando fartamente esclarecido que não há como reconhecer o direito líquido e certo alegado pelo Recorrente.

Nesse contexto, o recurso de apelação interposto pelo ora Recorrente foi parcialmente provido, nos seguintes termos:

**2.2 INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO**

Versam os autos sobre a supressão das vantagens de gratificação de função especializada, incorporação de salário, insalubridade e gratificação instituída pelo Decreto n° 6.523 dos proventos do ora Apelado.

Passo a analisar a possibilidade de incorporação aos proventos de cada uma das vantagens acima citadas:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418

2.2.1 INCORPORAÇÃO SALÁRIO DAS HORAS EXTRAS

As horas extras foram incorporadas por acordo realizado no momento da transmutação do regime de celetista para estatutário (fl. 36). Razão pela qual, integram a remuneração do ora Apelado e não podem ser suprimidas. Nesse sentido, o STJ:

MANDADO DE SEGURANÇA.

**- É contrário ao direito do servidor a exclusão, quando de sua aposentadoria, da parcela, incorporada aos seus vencimentos, correspondente a horas-extras ao tempo de celetista.**

- Recurso ordinário acolhido.

(RMS 9.164/GO, Rel. Ministro FONTES DE ALENCAR, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2000, DJ 18/09/2000 p. 161)

A r. Sentença não merece modificação nesse aspecto.

2.2.2 DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não é admissível a incorporação do adicional de insalubridade aos proventos, pois o mesmo decorre do exercício de uma atividade realizada em condições nocivas exercida durante um período de tempo. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. MAGISTÉRIO SUPERIOR. REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. ACRÉSCIMO. INTEGRAÇÃO. VENCIMENTO. UTILIZAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418

INCORPORAÇÃO. PROVENTOS. APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE.

I - O art. 68, caput, da Lei n° 8.112/90 determina que o adicional de insalubridade incidirá sobre o vencimento.

II - O art. 31, § 5°, do Decreto n° 94.664/87, não instituiu adicional ou gratificação em razão da dedicação exclusiva, mas expressamente fixou o vencimento dos docentes em regime de dedicação exclusiva com um acréscimo de 50% (cinquenta por cento), em relação ao salário-básico da jornada de quarenta horas semanais.

III - **O adicional de insalubridade constitui uma compensação ao servidor pela exposição a agentes nocivos à saúde, devendo cessar seu pagamento quando cessarem essas condições adversas.**

IV - Impossibilidade de incorporação da rubrica aos proventos da aposentadoria. Recurso parcialmente provido.

(REsp 373.966/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2004, DJ 23/08/2004 p. 262)

O adicional em questão poderia, em tese, ser incorporado mediante previsão legislativa por mera liberalidade do legislador. Nesse sentido:

Essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o servidor está prestando o serviço que as enseja, porque são retribuições pecuniárias *pro labore faciendo* e *propter laborem*. Cessado o



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418

trabalho que lhes dá causa ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento. Daí por que não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem são auferidas na disponibilidade e na aposentadoria, salvo quando a lei expressamente o determina, por liberalidade do legislador.

Todavia, a legislação de regência (lei 3.110/83) previu expressamente que a referida vantagem pecuniária seria não permanente e, portanto, não incorporável.

2.2.3 DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO ESPECIALIZADA

De igual modo, a gratificação por exercício de função especializada é, conforme expressa previsão legal, deferida apenas aqueles que "efetivamente exerçam essa especialização", nos termos do art. 1° da Lei n° 3.272/85, razão pela qual a referida verba não se incorpora aos proventos. Nesse sentido:

Art. 1° - Fica concedida uma gratificação de 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo regional aos operários municipais especializados, e que efetivamente exerçam essa especialização, devidamente anotada em sua carteira profissional (o destaque é nosso).

Portanto, é notório que a referida gratificação só deve ser paga aos servidores da ativa, pois a Lei condiciona o seu pagamen-



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418

to ao **efetivo exercício** da função especializada.

Nessa linha de raciocínio, não é possível reconhecer a incorporação pretendida, ante a falta de expressa previsão legal. Por sua vez, se a incorporação da gratificação para fins de aposentadoria não consta de legislação específica, então não há direito líquido e certo a ser tutelado. Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. DELEGADO CIVIL APOSENTADO. GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO. INCORPORAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO-DEMONSTRADO. 1. **Se a legislação invocada pelo recorrente não confere ao servidor inativo o direito à incorporação para fins de aposentadoria da gratificação de representação, o recurso não merece provimento diante da ausência de demonstração do direito líquido e certo do impetrante.** 2. Recurso improvido. (RMS 10480/RO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 07/12/2006. DJ 12/02/2006. p. 299)

2.2.4 DA GRATIFICAÇÃO INSTITUÍDA PELO DECRETO 6.523

A gratificação instituída pelo decreto 6.523, pelas mesmas razões acima expendidas, não é incorporável aos proventos, pois, consoante previsto no próprio decreto, a mesma somente é destinada aos



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418

motoristas designados para conduzir veículos coletores de lixo **quando em serviço**.

Logo, destina-se apenas aos servidores da ativa e não aos aposentados.

A par das considerações expendidas, o ora Apelado apenas faz jus a reincorporação da rubrica incorporação de salário - 120, referente às horas extras.

### 2.3 DISPOSITIVO

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DO IPAMV**, para reformar a r. Sentença, concedendo parcialmente a segurança pleiteada para determinar a reincorporação da vantagem "incorporação de salário (120).", referente às horas extras incorporadas.

Diante da sucumbência da maior parte do pedido, **CONDENO** o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Considerando, todavia, a concessão da assistência judiciária gratuita, aplico o art. 12 da Lei n° 1.060/50.

Intimem-se. Publique-se na íntegra.

Conforme se depreende da decisão recorrida, não há direito líquido e certo à incorporação aos proventos do Recorrente dos valores correspondentes à "Gratificação de Função Especializada", ao adicional de insalubridade, bem como à gratificação instituída pelo decreto 6.523/83, já que, além de não haver previsão legal neste sentido, o disposto na Constituição Federal acerca da aposentadoria dos servidores públicos não assegura ao mesmo o direito de receber, na inatividade, remuneração



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418 idêntica à recebida enquanto na ativa, incluídas todas as gratificações.

Mantenho, pois, a argumentação desenvolvida na oportunidade, não tendo identificado qualquer omissão ou outro vício na decisão monocrática.

Ante o exposto, **CONVERTO** o recurso de Embargos de Declaração em Agravo Interno para, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo na íntegra a decisão recorrida.

É como voto.

\*

V O T O S

O SR. DESEMBARGADOR JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA:-

Acompanho o voto do Eminentíssimo Relator.

\*

O SR. DESEMBARGADOR CARLOS SIMÕES FONSECA:-  
Voto no mesmo sentido.

\*



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
6/10/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REMESSA EX OFFICIO N° 024030180418

D E C I S ã O

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: à unanimidade, receber o recurso como Agravo Interno e negar-lhe provimento.

\*

\*

\*

vp\*