



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL  
17/11/2009

REMESSA EX OFFICIO Nº 024050099779

REMTE.: O MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL DE VITÓRIA/ES  
PARTES: MUNICÍPIO DE VITÓRIA E OUTROS  
APELAÇÃO VOLUNTÁRIA  
APTE.: MUNICÍPIO DE VITÓRIA  
APDO.: NILZO DELL ANTONIO  
RELATOR: O SR. DESEMBARGADOR CARLOS HENRIQUE RIOS DO AMARAL  
REVISOR: O SR. DESEMBARGADOR FÁBIO CLEM DE OLIVEIRA

R E L A T Ó R I O

O SR. DESEMBARGADOR CARLOS HENRIQUE RIOS DO AMARAL(RELATOR):-  
Cuidam os autos de remessa necessária, por imposição legal, e apelação voluntária interposta pelo **MUNICÍPIO DE VITÓRIA/ES**, inconformado com a sentença prolatada pelo **MM JUIZ DE DIREITO DA VARA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL DE VITÓRIA/ES**, que, nos autos da ação mandamental impetrada por **NILZO DELL ANTÔNIO**, em face do **MUNICÍPIO DE VITÓRIA** e do **INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO MUNICÍPIO DE VITÓRIA/ES**, rejeitou os argumentos preliminares deduzidos, e, no mérito, concedeu parcialmente a segurança almejada nos autos, para determinar que seja incorporado aos proventos do ora apelado os valores percebidos quando da atividade de suas funções, relativos à denominada gratificação de função especializada, denegando, todavia, a incorporação dos valores relativos ao adicional de insalubridade.

Alega o apelantes, em síntese, argumentos intimamente relacionados com a ilegitimidade do Município de Vitória para figurar no polo passivo da ação, e, ainda, a ausência de direito líquido e certo capaz de render ensejo ao acolhimento das pretensões deduzidas pelo impetrante nos autos da ação mandamental.

Contra-argumentos às **fls. 364/394**, pela rejeição da preliminar argüida, e, ainda, pelo desprover do recurso em apreciação.

Parecer da Douta Procuradoria de Justiça às **fls. 410/424**, pelo desprover do apelo, e, ainda, em sede de remessa necessária, que seja concedida totalmente a segurança almejada nos autos.

Eis o que tenho a relatar.

Aos cuidados do Eminentíssimo e culto Des. Fábio Clem de Oliveira, revisor dos autos.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL  
17/11/2009

REMESSA EX OFFICIO Nº 024050099779

Vitória/ES, 24 de julho de 2008.

\*

V O T O

**VOTO - PRELIMINAR SUSCITADA PELO MUNICÍPIO DE VITÓRIA-**  
**- DA ILEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO DE VITÓRIA PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO**  
**DA AÇÃO MANDAMENTAL -**

O SR. DESEMBARGADOR CARLOS HENRIQUE RIOS DO AMARAL(RELATOR):-  
Aduz o apelante argumentos que desaguam no reconhecimento da ilegitimidade do Município de Vitória para figurar no polo passivo da ação mandamental impetrada na origem, na medida em que não possui competência para fazer cessar o ato apontado como ilegal e abusivo.

Acolho tais argumentos. Em síntese, o impetrante percebia tais valores quando na atividade de suas funções, e, somente após a formalização do ato administrativo que lhe concedeu aposentadoria voluntária, julgou-se indevida a incorporação do *quantum* junto aos seus proventos, através de proceder administrativo diretamente relacionado com as atribuições do Instituto Previdenciário Municipal.

Sabemos que a autoridade administrativa competente para concessão ou restrição de direitos previdenciários dos servidores públicos municipais de Vitória é o Presidente do Instituto de Previdência e Assistência do Município de Vitória, perfazendo-se como indispensável sua presença no pólo passivo da demanda, diante do ato praticado e do pedido a ser deslindado.

Vejamos como se manifesta esta Corte, em casos como tais, através dos termos esclarecedores do seguinte julgado:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL  
17/11/2009

REMESSA EX OFFICIO Nº 024050099779

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES E CONTRADIÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PREFEITO MUNICIPAL DE VITÓRIA. ILEGITIMIDADE. INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA DO MUNICÍPIO DE VITÓRIA. AUTORIDADE COMPETENTE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA LIDE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. A decisão de fls. 450/454 observou que o ente previdenciário é exclusivamente responsável pela correção do ato ilegal, não restando claro, não obstante, a questão acerca da ilegitimidade passiva do Município de Vitória para figurar no polo passivo da lide. II. **O IPAMV é autarquia municipal, dotada de autonomia financeira e administrativa, sendo a pessoa jurídica responsável pelo pagamento da folha e a fixação dos descontos nos proventos dos servidores inativos e pensionistas do Município de Vitória, eis que gere o Regime de Previdência municipal, na forma do art. 42 da Lei Municipal 4.399/92.** III. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a legitimidade exclusiva das autarquias previdenciárias para integrarem a lide envolvendo descontos dos proventos de aposentadoria. IV. "...". V. "...". VI. Por fim, é de se ressaltar que o IPAVM detém personalidade jurídica própria, podendo litigar em juízo ou fora dele e figurar como autoridade coatora. (TJ/ES - Embargos declaratórios nº 024030070577 - julgamento em 04/04/2006 - Relator Des. Maurílio Almeida de Abreu).**

À luz do exposto, **ACOLHO A PRELIMINAR EM APRECIÇÃO PARA DECLARAR A ILEGITIMIDADE DO SR. PREFEITO MUNICIPAL DE VITÓRIA PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA AÇÃO MANDAMENTAL, EXCLUINDO-O DA RELAÇÃO PROCESSUAL.**

É como voto.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL  
17/11/2009

REMESSA EX OFFICIO Nº 024050099779

V O T O S

O SR. DESEMBARGADOR FÁBIO CLEM DE OLIVEIRA(REVISOR):-  
Acompanho o voto do Eminentíssimo Relator.

\*

O SR. DESEMBARGADOR ANNIBAL DE REZENDE LIMA:-  
Voto no mesmo sentido.

\*

V O T O

**MÉRITO**

O SR. DESEMBARGADOR CARLOS HENRIQUE RIOS DO AMARAL(RELATOR):-  
Passo ao deslinde do mérito da ação originária em virtude da remessa necessária efetuada por imposição Legal.

Trata-se, portanto, de hipótese em que esta Corte deverá aferir a plausibilidade jurídica da sentença prolatada pelo **MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL DE VITÓRIA/ES**, que, nos autos da ação mandamental impetrada por **NILZO DELL ANTÔNIO**, em face do **MUNICÍPIO DE VITÓRIA** e do **INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO MUNICÍPIO DE VITÓRIA/ES**, rejeitou os argumentos preliminares deduzidos, e, no mérito, concedeu parcialmente a segurança almejada nos autos para determinar que seja incorporado aos proventos do impetrante os valores percebidos quando da atividade de suas funções, relativos à denominada gratificação de função especializada, denequando, todavia, a incorporação dos valores relativos ao adicional de insalubridade.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL  
17/11/2009

REMESSA EX OFFICIO Nº 024050099779

O objeto da ação originária está intimamente relacionado com a verificação da possibilidade de que os valores relativos à gratificação de função especializada e adicional de insalubridade, percebidos pelo impetrante quando da atividade de suas funções, possam ser incorporados aos seus proventos de aposentadoria.

Pois bem. Analisando detidamente os autos, mais precisamente a Legislação que norteia a possibilidade de percepção da denominada gratificação decorrente do exercício de função especializada, verifico que caminhos apontam para o denegação da ordem almejada.

Isto porque, segundo os termos da Lei nº 3.272/85, a possibilidade de percepção da gratificação almejada está envolta de pré-requisitos determinados e específicos para tanto, e, dentre eles está o de pleno exercício da função especializada.

Vejamos os termos preconizados no art. 1º da Lei nº 3.272/85:

Art. 1º da Lei nº 3.272/85:

**Fica concedida uma gratificação de 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo regional os funcionários municipais especializados, e que efetivamente exerçam esta especialização, devidamente anotada em sua carteira profissional.** (destacado para fundamentar).

Sabemos, quanto às vantagens de caráter personalíssimo, que algumas são concedidas à título definitivo, enquanto outras, de forma transitória, de modo a concluir que certas vantagens se incorporam automaticamente ao vencimento do servidor, diferentemente daquelas que se desprendem quando cessada a atividade que lhe rendeu ensejo, como no caso dos autos.

Hely Lopes Meirelles, em sua obra “Direito Administrativo”, esclarece com muita propriedade, quanto às vantagens pessoais, que: “...a razão dessa diferença de tratamento



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL  
17/11/2009

REMESSA EX OFFICIO Nº 024050099779

***está em que as primeiras (por tempo de serviço) são vantagens pelo trabalho já feito (pro labore facto), ao passo que as outras (condicionais ou modais) são vantagens pelo trabalho que já está sendo feito (pro labore faciendo), ou por outras palavras, são adicionais de função (ex facto officii) ou são gratificações de serviço ( propter laborem) ou, finalmente são gratificações em razão de condições pessoais do servidor ( propter personam). Daí por que quando cessa o trabalho, ou desaparece o fato ou a situação que lhes dá causa, deve cessar o pagamento de tais vantagens, sejam elas adicionais de função, gratificações de serviço, ou gratificações em razão das condições pessoais do servidor...” (in Direito Administrativo Brasileiro pgs. 397/398).***

Assim, em se tratando, *in casu*, de gratificação decorrente do cumprimento de pressupostos peculiares, em que se requer o pleno exercício da atividade para a percepção da gratificação de serviços especializados, não subsiste direito ao apelado para tanto, eis que cessada a situação fática que lhe renderia ensejo, qual seja: A efetiva atividade de tais funções.

Este entendimento também se aplica ao *quantum* percebido pelo impetrante, quando na atividade de suas funções, referente ao adicional de insalubridade, uma vez que após a sua aposentação passou a inexistir fato gerador capaz de render ensejo à mencionada percepção.

Deveras, conforme manifestado diversas vezes pelo Colendo STJ, ***“as vantagens condicionais ou modais, mesmo que auferidas por longo tempo em razão do preenchimento dos requisitos exigidos para sua percepção, não se incorporam ao vencimento, a não ser quando essa integração for determinada por lei. E a razão dessa diferença de tratamento está em que as primeiras (por tempo de serviço) são van-***



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL  
17/11/2009

REMESSA EX OFFICIO Nº 024050099779

*tagens pelo trabalho já feito (pro labore facto), ao passo que as outras (condicionais ou modais) são vantagens pelo trabalho que está sendo feito (pro labore faciendo) ou, por outras palavras, são adicionais de função (ex facto officii), ou são gratificações de serviço (propter laborem), ou, finalmente, são gratificações em razão de condições pessoais do servidor (propter personam). Daí por que, quando cessa o trabalho, ou quando desaparece o fato ou a situação que lhes dá causa, deve cessar o pagamento de tais vantagens, sejam elas adicionais de função, gratificações de serviço ou gratificações em razão das condições pessoais do servidor". (STJ - Recurso Ordinário no MS nº 4227/MA - Relator Ministro Hamilton Carvalhido)*

É o que se extrai dos autos.

Vejamos, ainda, como se manifesta este Egrégio Tribunal, em casos como tais:

**MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO MILITAR - GRATIFICAÇÃO DE COMANDO - ARTIGO 4º DA LEI 4.648/92 - ESTABILIDADE FINANCEIRA - PROPTER LABOREM - NÃO INCORPORÁVEL AOS PROVENTOS - ARTIGO 9º DA LEI COMPLEMENTAR 112/98 - SEGURANÇA DENEGADA. 1 - Ao passar da atividade para a inatividade, a Administração Pública deixou de pagar ao impetrante a aludida gratificação, eis que o servidor passou a não mais exercer a função que antes lhe autorizava a percepção da gratificação. 2 - In casu, trata-se de gratificação propter laborem, sendo aquela que a Administração institui para recompensar riscos ou ônus decorrentes de trabalhos normais executados em condições anormais de perigo ou de encargos ao servidor. 3 - 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. 4 - A exclusão da gratificação de comando dos proventos da inatividade não representa ofensa ao princípio da isonomia entre servidores ativos e inativos, uma vez que se trata de vantagem "pro labore faciendo (...)". (TJ/ES - Mandado de Segurança Nº 100050000858 - TRIBUNAL PLENO - Julgado em 16/11/2006 - Relator: MANOEL ALVES RABELO).**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL  
17/11/2009

REMESSA EX OFFICIO Nº 024050099779

.....

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. REMESSA NECESSÁRIA. APELO VOLUNTÁRIO. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO ESPECIAL. LEI MUNICIPAL Nº 3.272/85. PRETENSÃO DE INCORPORAÇÃO DE FUNÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. GRATIFICAÇÃO DE NATUREZA DE ADICIONAL DE FUNÇÃO (EX FACTO OFFICII). VANTAGEM PECUNIÁRIA CONDICIONAL. NÃO INCORPORÁVEL AOS PROVENTOS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS. INOCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO ESPECÍFICO. ILEGALIDADE. PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA. APELAÇÃO CONHECIDA. DADO PROVIMENTO AO RECURSO. 1. Em se tratando de gratificação decorrente de pressupostos específicos, cessada a situação fática ou pessoal que beneficiava o servidor, este não mais fará jus à percepção do benefício, a não ser que a lei assim disponha expressamente sobre a incorporação. 2. A denominada gratificação de função especializada, instituída pela Lei Municipal nº 3.272/85, não se incorporou aos vencimentos do servidor, e, por conseguinte, ao cálculo de seus proventos, notadamente porque o benefício caracteriza-se como vantagem condicional ou modal, conquanto ela é devida aos "operários municipais especializados, e que efetivamente exerçam essa especialização, devidamente anotada em sua carteira profissional" 3. Logo, trata-se de uma gratificação de natureza de adicional de função (ex facto officii), portanto, não incorporável aos vencimentos, e, conseqüentemente, aos proventos. 4. Não se incorporando aos vencimentos, não há como se sustentar que a supressão da gratificação de função especializada viola o princípio da irredutibilidade dos vencimentos. 5. Não há que se falar em necessidade de instauração de processo administrativo específico para retirar a gratificação irregularmente conferida ao servidor (rectius: ilegal), como sustentado pelo impetrante, seja porque a supressão se deu em trâmite no Tribunal de Contas (processo TCES nº 2731/02), seja porque o Supremo STF já pacificou o entendimento de que "pode a Administração Pública, segundo o poder de autotutela a ela conferido, retificar ato eivado de vício que o torne ilegal, prescindindo, portanto, de instauração de processo administrativo (Súmula 473, 1ª parte - STF)" (RE 185.255). 6. Apelação conhecida, para dar-lhe provimento. (TJ/ES - Apelação/Remessa Necessária nº 024040230716 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL - julgamento : 21/08/2007 - Rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon).**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL  
17/11/2009

REMESSA EX OFFICIO Nº 024050099779

E outro, analisando precisamente a possibilidade de incorporação das vantagens pessoais discutidas nos presentes autos:

**EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - REMESSA EX OFÍCIO - APELAÇÕES VOLUNTÁRIAS - APELAÇÃO DO MUNICÍPIO DE VITÓRIA - PRELIMINARES: ILEGITIMIDADE DO PREFEITO MUNICIPAL OU DO MUNICÍPIO DE VITÓRIA - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA - REJEITADAS - PREJUDICIAL DE MÉRITO: DECADÊNCIA - AFASTADA - MÉRITO: INCORPORAÇÃO DAS GRATIFICAÇÕES DE INSALUBRIDADE E DE FUNÇÃO ESPECIALIZADA AOS PROVENTOS - INADMISSIBILIDADE - VERBAS DE CARÁTER TRANSITÓRIO - RECURSO PROVIDO - APELAÇÃO DO IPAMV - FUNDAMENTOS IDÊNTICOS AO DA PRIMEIRA APELAÇÃO - RECURSO NÃO CONHECIDO - FALTA DE INTERESSE RECURSAL SUPERVENIENTE - REMESSA PREJUDICADA. 1. “(...)”. 2. Tratando-se de mandado de segurança, o juiz pode e deve determinar a notificação da autoridade certa, como medida de economia processual, caso de fato haja alguma imprecisão na sua indicação pelo impetrante. 3. “(...)”. 4. **As gratificações de insalubridade e de função especializada consistem em vantagens pecuniárias de caráter transitório, concedida em razão de circunstâncias momentâneas. Cessado o trabalho que lhes dá causa ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seus pagamentos, salvo quando a lei expressamente o determina, o que não é o caso dos autos.** 5. **Não se deve conhecer do segundo recurso, por falta de interesse recursal superveniente.** (TJ/ES - REMESSA EX-OFFICIO Nº 024030191563 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL - JULGAMENTO EM 02/10/2007).**

Assim, sabendo-se que a administração pública somente pode estabelecer seu procedimento de acordo com a Lei (Princípio da Legalidade), e, não havendo qualquer determinação legal que determine a incorporação da gratificação de função especial ou do adicional de insalubridade junto aos proventos de aposentadoria do servidor, não vejo qualquer ilegalidade no ato praticado pela autoridade impetrada, que, diante de seu poder de autotutela, efetuou a supressão da verba em momento oportuno.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL  
17/11/2009

REMESSA EX OFFICIO Nº 024050099779

Desta forma, à luz de todo o exposto contido neste voto, **CONHEÇO DA REMESSA PARA, REFORMANDO A SENTENÇA OBJURGADA, DENEGAR A SEGURANÇA ALMEJADA NOS AUTOS.**

É como voto.

\*

V O T O S

O SR. DESEMBARGADOR FÁBIO CLEM DE OLIVEIRA(REVISOR):-  
Acompanho o voto do Eminentíssimo Relator.

\*

O SR. DESEMBARGADOR ANNIBAL DE REZENDE LIMA:-  
Voto no mesmo sentido.

\*

D E C I S Ã O

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: à unanimidade, acolher a preliminar arguida; quanto à remessa, dela conhecer para, reformando a sentença, denegar a segurança.

\*

\* \*