EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR TERCEIRO VICE-PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

Ref. Apelação***:*** **0046142-32.2015.8.19.0002**

O **MUNICÍPIO DE NITERÓI**, pessoa jurídica de direito público, nos autos processo em epígrafe, que ora figura como Recorrido **AFIMNIT – Associação dos Fiscais Municipais de Niterói**, tendo em vista o v. acórdão publicado de fls., vem, com fulcro no artigo 102, inciso III, alínea "a" da Constituição Federal c/c artigo 1.035 e seguintes do Código de Processo Civil por seu Procurador, interpor o presente

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

requerendo seu recebimento, admissão e regular processamento, encaminhando-se, oportunamente, ao E. Supremo Tribunal Federal, fazendo-o nos termos das razões de direito a seguir aduzidas.

Outrossim, requer sejam as razões em anexo juntadas para que cumpram os devidos efeitos legais, bem como sejam as futuras publicações realizadas em nome da Procurador, que subscreve o presente recurso.

Nestes termos,
Pede deferimento

Niterói, 12 de dezembro de 2017.

FRANCISCO MIGUEL SOARES
Procurador do Município
Mat. 239.964-5

TJRJ 201700703912 13/12/2017 18:15:00 A?Pb - PETIÇÃO ELETRÔNICA Assinada por RAPHAEL DIOGENES SERAFIM VIEIRA

E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
RAZÕES DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Recorrente: MUNICÍPIO DE NITERÓI
Recorrido: AFIMNIT – Associação dos Fiscais Municipais de Niterói

Eminentes Ministros,

Exposição dos fatos

Trata-se de ação ordinária ajuizada pela Associação dos Fiscais do Município na qual pretende que a gratificação de produtividade seja acrescida à base de cálculo da Gratificação de Desempenho e Efetivo Exercício do Cargo.

Para tanto, alega que os fiscais de tributos, posturas, obras e do sistema viário do Município têm sua remuneração dividida em vencimentos e gratificação de produtividade.

Sustenta que os funcionários públicos municipais fazem jus ao recebimento de gratificação de desempenho e efetivo exercício do cargo, os quais vêm incidindo somente sobre a parcela denominada vencimento, o que se revelaria irregular, haja vista que a gratificação de produtividade também possuiria natureza de vencimento, como já julgado em caso semelhante, no processo nº 0051439-30.2009.8.19.0002.

A Municipalidade aduziu que a pretensão formulada deveria ser indeferida de plano, com a consequente extinção do processo sem resolução do mérito dada a flagrante ilegitimidade ativa e ausência de interesse de agir, ou caso fossem

superadas tais preliminares, julgada totalmente improcedente, ante a notória ausência de amparo jurídico da demanda sustentada.

Não obstante, o juízo *a quo* julgou procedente os pedidos autorais, nos seguintes termos:

> "Isto posto, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial, e determino que o Município inclua a gratificação de produtividade na base de calculo da gratificação de desempenho efetivo do cargo dos servidores ativos e inativos membros da associação demandante. Outrossim, condeno o Município ao pagamento das parcelas atrasadas, respeitada a prescrição quinquenal contra a Fazenda, contados do ajuizamento desta ação, a teor do artigo 1º-F, da Lei nº 9494/1997, a serem apurados em liquidação de sentença, acrescido de juros e correção monetária incidentes sobre cada obrigação e desde a data do respectivo vencimento. Condeno, ainda, o Município ao pagamento de honorários advocatícios que, em atenção ao artigo 85, parágrafo 4º, I da Lei Adjetiva Civil, fixo-os em 10% sobre o total da condenação das parcelas atrasadas, mais sobre o somatório de doze parcelas vincendas, também contados do ajuizamento desta ação. Deixo de condenar o Município ao pagamento das custas processuais, porquanto isento, nos termos do artigo 17 da Lei Estadual nº 3350/99. Considerando que esta sentença encontra-se também fundamentada na Súmula Vinculante nº 37 do STF, não se obedecerá o duplo grau obrigatório de jurisdição, na forma do disposto no artigo 496, parágrafo 4º, inciso I, do CPC. P.R.I.".

Em sede de apelação, foi mantido o entendimento de primeira instância nos seguintes termos:

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM COBRANÇA. PRETENSÃO DE INCLUSÃO DA "GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE" NA BASE DE CÁLCULO DA "GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO E EFETIVO EXERCÍCIO DO CARGO". SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. PREVISÃO DE REPRESENTAÇÃO NO ESTATUTO DA ASSOCIAÇÃO E AUTORIZAÇÃO EXPRESSA EM

> ASSEMBLEIA ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO QUANDO O ENTENDIMENTO FAZENDÁRIO FOR REITERADAMENTE OPOSTO AO REQUERIMENTO E A CONTESTAÇÃO VENHA A INSURGIR CONTRA O MÉRITO DA DEMANDA. MÉRITO. A "GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO E DE EFETIVO EXERCÍCIO DO CARGO", NO PATAMAR DE 41% DO SALÁRIO-BASE, FOI CRIADA PELA LEI N.º 961/91. A LEI N.º 1.072/92 DETERMINOU A INCORPORAÇÃO DA REFERIDA GRATIFICAÇÃO AO SALÁRIO-BASE DA CATEGORIA, APÓS 365 DIAS DE EXERCÍCIO DO CARGO. "GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE". NATUREZA JURÍDICA DE VENCIMENTO. NECESSIDADE DE SUA INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA "GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO E DE EFETIVO EXERCÍCIO DO CARGO". INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE N.º 37. DECISÃO JUDICIAL QUE APENAS DEU CUMPRIMENTO AO MANDAMENTO LEGAL (ARTIGO 16 DA LEI MUNICIPAL N.º 961/91). RECURSO DESPROVIDO DO RECURSO. REFORMA DA SENTENÇA, DE OFÍCIO, PARA QUE O PERCENTUAL DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SEJA ARBITRADO QUANDO DA LIQUIDAÇÃO DO DECISUM, COM FULCRO NO ARTIGO 85, §4º, II DO CPC.

A Municipalidade opôs embargos de declaração que restaram rejeitados, senão vejamos:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL. ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO DO EMBARGANTE E, DE OFÍCIO, DETERMINOU QUE OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SEJAM ARBITRADOS QUANDO DA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NA DECISÃO COLEGIADA. ANÁLISE ADEQUADA DO MÉRITO DOS ACLARATÓRIOS. MERA IRRESIGNAÇÃO COM O CONTEÚDO DECISÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 52 DO TJRJ. PREQUESTIONAMENTO QUE DECORRE DA SIMPLES OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.025 DO CPC. DESPROVIMENTO.

Assim, tendo em vista que aos Embargos de Declaração opostos pela Municipalidade foi negado seguimento, deu-se ensejo ao presente recurso, visto que violou claramente dispositivos constitucionais, conforme será exposto.

Desta feita, necessário assim passar à análise do mérito recursal da causa, referente à violação dos preceitos constitucionais.

DA REPERCUSSÃO GERAL

Desde logo, assinala o Recorrente que os critérios para determinar a repercussão geral da questão constitucional, tratada nos presentes autos, apresenta-se de forma inegável.

Conclui-se, portanto, que **a questão constitucional enfrentada no presente recurso ultrapassa os limites subjetivos da causa**, caracterizando-se, pois, a repercussão geral exigida pelo art. 102, § 3.°, da Constituição da República e pelo art. 1.035 § 1.°, do Código de Processo Civil para a admissibilidade do recurso extraordinário.

Não há dúvidas de que a questão é de **grande relevância do ponto de vista jurídico e econômico**.

Patente a relevância e a transcendência da matéria com a consequente existência da repercussão geral da questão ventiladas nos autos, destacando-se:

> "**Súmula Vinculante 37- Não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia."**

Do prequestionamento:

Não restam dúvidas de que a matéria discutida no presente recurso se encontra devidamente prequestionada.

Conforme definido pela jurisprudência e pela doutrina, o prequestionamento é requisito essencial de admissibilidade do recurso em instância superior e, para tanto, segundo Nelson Nery Junior:

> "... *para que sejam conhecidos os recursos extraordinário e/ou especial, necessário que a questão federal ou constitucional tenha sido efetivamente decidida.*"

Nesta perspectiva, da leitura das decisões proferidas pelo Tribunal de origem, pode-se vislumbrar a existência do prequestionamento quanto às matérias aqui expendidas.

Caso se entenda, todavia, não ter havido a efetiva discussão da matéria constitucional, ainda assim cabe lembrar que a jurisprudência desse E. Supremo Tribunal Federal admite que o prequestionamento esteja perfeito com a oferta de embargos declaratórios, instando o Tribunal a se manifestar sobre a questão., o que efetivamente ocorreu no caso em tela.

De fato, a jurisprudência desta Eg. Corte Suprema entende que o requisito do prequestionamento se satisfaz com a oposição dos embargos de declaração (Súmula 356 a *contrario sensu*). Vale dizer, se a parte suscitou a violação ao dispositivo constitucional e o Tribunal de Origem não se manifestou sobre o tema, mesmo diante da oposição dos embargos, a matéria é considerada como prequestionada, desafiando a interposição direta do Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, leiam-se, exemplificativamente, as seguintes ementas do STF:

> *PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. I* ***- "O que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela"*** *(RE 210.638/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 19/6/1998). II - Agravo regimental improvido*[1]*.*
>
> *I. Recurso extraordinário e recurso especial: interposição simultânea: inocorrência, na espécie, de prejuízo do extraordinário pelo não conhecimento ou negativa de seguimento do especial. II****. Recurso extraordinário: prequestionamento: a interposição pertinente de embargos declaratórios satisfaz a exigência (Súmula 356) ainda que a omissão não venha a ser suprida pelo Tribunal a quo. Precedente (RE 210.638, DJ 19.6.98, Pertence)****. III. ICMS: incidência: comercialização, mediante oferta ao público, de fitas para "vídeo-cassete" gravadas em série. Tal como sucede com relação a programas de computador ou software (cf. RE 176626, Pertence, 11.12.98), a fita de vídeo pode ser o exemplar de uma obra oferecido ao público em geral - e nesse caso não seria lícito negar-lhe o qualificativo de mercadoria -, ou o produto final de um serviço realizado sob encomenda, para atender à necessidade específica de determinado consumidor, hipótese em que se sujeita à competência tributária dos municípios. Se há de fato, comercialização de filmes para "vídeo-cassete", não se caracteriza, para fins de incidência do ISS a entrega do serviço ou do seu produto e não com sua oferta ao público consumidor*[2]*.*

[1] STF, AI-AgR 648760 / SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 30.11.2007.

[2] STF, RE 191454 / SP, Rel. Min. Sepulveda Pertence, DJ 08.06.1999.

Comprovado o prequestionamento das matérias aqui debatidas, impende seja o presente recurso extraordinário conhecido por este E. Supremo Tribunal Federal.

No mais, tratando-se de questão unicamente de direito, não haverá revolvimento de matéria fático-probatória, de modo que o presente recurso extraordinário não encontra óbices no verbete sumular n° 279 desse Egrégio Supremo Tribunal Federal, não havendo, igualmente, necessidade de exame de lei local.

DO MÉRITO:

Da violação direta a súmula 37 do STF

A súmula vinculante 37 dispõe que:

> "**Súmula Vinculante 37- Não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia."**

No Acórdão há clara violação a súmula vinculante nº. 37.

A conclusão exposta nesta súmula vinculante nº. 37 já era prevista expressamente em uma súmula na súmula 339 do STF (publicada em 13/12/1963) e que tem exatamente a mesma redação.

É evidente que o objetivo do STF foi de reafirmar que o entendimento do enunciado 339 continua válido atualmente e, além disso, conferir efeito vinculante a ele, fazendo com que se torne obrigatório para todos os demais órgãos do Poder Judiciário e para a administração pública.

Importante destacar o que preconiza o art. 37 da Constituição federal:

> Art. 37 (...) X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 **somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica**, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (grifo nosso)

Indubitável é que o Judiciário não pode usurpar a função legislativa, sendo a concessão do pleito autoral conferida na presente demanda e ratificada no Acórdão ora embargada flagrantemente violadora da súmula vinculante 37 e manifestamente inconstitucional.

DA INCONSTITUCIONALIDADE POR INDEVIDA REPRISTINAÇÃO DE LEI - GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO E EFETIVO EXERCÍCIO DO CARGO E SUA REVOGAÇÃO PELA LEI MUNICIPAL Nº 1.101/92 – AUSÊNCIA DE BOA-FÉ DECORRENTE DE ANTERIOR IMPLANTAÇÃO

Para melhor compreensão da impossibilidade de extensão da base de cálculo da gratificação de desempenho e efetivo exercício do cargo é preciso contextualizar historicamente os pressupostos de sua criação.

Como ressaltado na exordial, os acordos firmados com base nas Leis Municipais 2968/2012 e 2969/2012 possibilitaram o cumprimento da Lei nº2168/04 (que enquadrou os fiscais de posturas no Quadro de Pessoal Fazendário previsto na Lei nº 961/91) e da Lei nº 1072/92 (referente aos fiscais de obras).

O reconhecimento pelo Município de Niterói da aplicação dos indigitados diplomas legais à regulamentação da situação jurídica funcional dos fiscais de obras e postura possibilitaria, em tese, a percepção da Gratificação de Desempenho e Efetivo Exercício do Cargo, tendo em vista o disposto no art.16 da Lei 961/91 e da Lei 1072/92, nestes termos:

> Art.16 - Os funcionários enquadrados nos cargos integrantes do quadro permanente terão direito à gratificação de desempenho e de efetivo exercício do cargo correspondente a 41% (quarenta e um por cento), calculados sobre o vencimento base constantes do anexo IV desta Lei.
> §1º - Sobre a gratificação de desempenho e de efetivo exercício do cargo incidirão os adicionais previstos na legislação em vigor.
> §2º - A gratificação de que trata o caput deste artigo será incorporada no vencimento base do funcionário ao final de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias consecutivos de efetivo exercício no cargo, contados da data de publicação do ato de enquadramento.

Ocorre, contudo, que se ignorou que **o disposto no art.16 de ambas as leis foi revogado pelo art. 8º da Lei Municipal nº 1.101/92** (em anexo), que assim dispõe:

> Art.8º - Os funcionários enquadrados nos Quadros Permanente de Pessoal instituídos pelas Leis 961/91, 963/91, 1070/92, 1071/92, 1072/92 terão seus vencimentos base reajustados conforme os valores da Tabela II, desta lei , a partir de 1º de Julho de 1992, já incluída a Gratificação de Efetivo exercício do cargo no valor de 41% (quarenta e um por cento).

Com efeito, desde Julho de 1992 que o referido adicional foi expurgado do ordenamento jurídico municipal. A referida Lei optou por incluir o valor pago a título de adicional, no vencimento-base, elevando o patamar remuneratório dos servidores enquadrados na Lei nº 961/91 e 1072/92, pondo fim à vantagem pecuniária.

É importante ressaltar que ao basear o Acórdão em lei já extinta configurou-se uma repristinação indevida.

A correta compreensão do exposto é relevante já que põe uma pá de cal em toda argumentação deduzida na exordial. Senão, vejamos: os autores partem da premissa de que o referido benefício tem natureza de adicional e que, portanto, devem incidir não só sobre o vencimento-base, como também sobre a Gratificação de Produtividade. Ignoram, no entanto, a existência de Lei Municipal que, em 01 de Julho de 1992, revogou o referido adicional e incluiu o valor do acréscimo pecuniário na base do vencimento.

Exemplifique-se com o caso dos Fiscais de Posturas. A pretensão que levou os referidos fiscais a pleitearem junto à Administração sua inclusão no Quadro Fazendário regulado pela Lei nº 961/91, foi obter vencimentos compatíveis com as demais carreiras já incluídas naquele Quadro. **E, esta diferença remuneratória, existia porque os servidores constantes do Quadro Fazendário, desde a origem (1991), receberam um aumento de 41% na base dos seus vencimentos por força da Lei nº1101/92**.

Atribuir a natureza de adicional a essa gratificação, após tantos anos, implicaria, portanto, repristinar norma derrogada pelo sistema jurídico e pagar duas vezes ao interessado o mesmo benefício, gerando enriquecimento sem causa.

Esta é, inclusive, a razão para não haver discriminação da rubrica “Gratificação de Desempenho e Efetivo Exercício do Cargo” no contracheque dos servidores. Como o referido adicional não mais existe, não há verba pecuniária a ser individualizada.

Indubitável é que, na hipótese, verifica-se latente má fé no que tange ao pleito autoral, não havendo qualquer necessidade de exame de fatos e provas, nem mesmo de eventual lei local, bastando tão somente a análise cronológica dos fatos e a existência de um acordo que gerou a promulgação de novas leis.

Conclusão

Diante do exposto, requer que seja o presente recurso conhecido e provido, a fim de que seja reconhecida a violação **a súmula vinculante 37 do STF, bem como a indevida repristinação legislativa, r**eformando-se o acórdão recorrido, de modo a readequá-lo à ordem constitucional vigente.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Niterói, 12 de dezembro de 2017.

Francisco Miguel Soares

Procurador do Município

Mat. 239.964-5