

Mandado de Segurança. Recurso Especial.

**Gratificação de Encargos Especiais. Nulidade do Acórdão:
Súmula Nº 339 do STF e Arts. 535, II, e 458, II, do CPC.**

EXMO. SR. DESEMBARGADOR 3º VICE-PRESIDENTE DO TRIBU-
NAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ESTADO DO RIO DE JANEIRO, nos autos do MANDADO DE
SEGURANÇA impetrado por ORLANDO SILVA TELLES e OUTROS,
vem apresentar

- RECURSO ESPECIAL -

com fulcro no art. 105, III, a e c da Constituição Federal, pelas razões
expostas em anexo, requerendo a nulidade do v. acórdão recorrido, a
fim de que outro seja proferido em seu lugar, obedecendo a disposto
nos arts. 535, II, e 458, II, ambos do CPC.

E. Deferimento.

Rio de Janeiro, 24 de maio de 1996

Gustavo Amaral
Procurador do Estado
OAB/RJ nº 72.167

RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL

Pelo Recorrente: Estado do Rio de Janeiro
Recorridos: Orlando Silva Telles e Outros
Tribunal a quo: Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado
do Rio de Janeiro

Exmo Sr. Ministro-Relator

Deve ser provido o presente recurso, anulando o v. acórdão
recorrido, visto que o mesmo, descumprindo com o disposto nos
arts. 535, II, e 458, II, do CPC, deixou de se manifestar sobre qual
deveria se pronunciar o tribunal, a saber, os fundamentos espostos
pelos votos vencidos e, **principalmente, a razão pela qual não foram**

acolhidos e, ainda, divergiu do entendimento esposado em acórdão unânime da 2ª Turma desse Superior Tribunal de Justiça, publicado na RSTJ 48/563-590, eis que utilizou-se como fundamento decisões anteriores mas não fez juntar aos autos cópia daqueles julgados, violando, assim, com o devido processo legal e cerceando o Direito do Estado em utilizar dos recursos constitucionais cabíveis, tal como se demonstra a seguir.

EXPOSIÇÃO DO FATO E DO DIREITO

Tendo em vista crescentes dificuldades do Serviço Público, com o aumento do trabalho dos funcionários e a diminuição nos quadros, que não podem ser repostos até mesmo por dificuldades de caixa e limites no total dos gastos com o funcionalismo, S. Exa. o Governador do Estado do Rio de Janeiro, utilizando-se de permissivo inserido no Decreto-lei (estadual) nº 220/75, houve por bem conceder uma verba **pro labore faciendo**, nominada de Gratificação por Encargos Especiais, isso através de despacho fundamentado, nos autos de processo administrativo.

Foi "concedida Gratificação de Encargos Especiais, com base no art. 24, inciso VIII, do Decreto-lei nº 220, de 18.07.75, aos servidores de nível superior da área de saúde, **que estejam no efetivo exercício de suas funções**" (segunda folha do despacho).

Sem dúvida, portanto, que através desse ato, criou-se uma norma, veiculada com base em permissivo legal, que tinha por suporte fático (hipótese legal, hipótese de incidência, fato gerador, causalidade ou qualquer outro nome que se pretenda dar) o **ser servidor de nível superior da área da saúde em efetivo exercício de suas funções** e, como conseqüente (ou dever-ser) o direito à percepção da gratificação de 80%.

Contra isso, insurgiram-se os ora Recorridos, alegando que a não extensão da gratificação aos inativos seria incompatível com o disposto no art. 40, § 4º, da Constituição Federal.

Em resposta, argüiu o ora Recorrente a impossibilidade de o Judiciário, ainda que para tornar efetiva norma constitucional de isonomia, estender os efeitos de ato normativo para outras situações nele não previstas, trazendo à colação a Súmula 339, precedentes do Pretório Excelso e do Superior Tribunal de Justiça, dentre outros fundamentos.

Em seu parecer, salientou o nobre representante do Ministério Público que inexistia a prova do ato atacado e, tampouco, da situação

subjéctiva dos impetrantes, que não comprovaram serem servidores da área médica aposentados, concluindo que ou bem se determinava a complementação da prova inicial, ou bem se declarava a inexistência de certeza e liquidez do direito subjéctivo perseguido (fls. 94-97). Tais fundamentos foram expressamente esposados pelo voto vencido de fls. 111.

Inobstante isso, houve por bem a douta instância a quo de conceder a segurança, ao argumento de que "Este E. Órgão Especial vem decidindo iterativamente que o benefício rotulado como gratificação de encargos especiais, por suas características genéricas, deve ser havido como modificação remuneratória da categoria" (fls. 109). Nenhuma menção foi feita aos argumentos acima relacionados, quer os invocados pelo Estado, quer os invocados pelo Ministério Público.

Ante tais deficiências do v. acórdão, o ora Recorrente opôs Embargos de Declaração, argumentando que a falta de qualquer referência às preliminares por si invocadas nos autos e à objeção de demonstração das situações subjéctivas, feitas pelo **parquet** e encampadas pelo voto vencido de fls. 111, implicavam em violação aos arts. 535, II, e 458, II, do CPC e, ainda, que o v. acórdão estava fundamentado apenas em precedentes **não indicados** e, que, para que fosse considerado válido, mister seria que a ele se fizessem anexar cópias dos precedentes.

Todavia, os embargos não foram providos, forçando o Recorrente a interpor o presente recurso.

CABIMENTO TEMPESTIVIDADE

É tempestivo o presente recurso, visto que publicado o v. acórdão em 24 de abril (fls. 130), o prazo de quinze dias (CPC, art. 508) contados em dobro (CPC, art. 188) finda-se em 24 de maio, data da apresentação do mesmo.

PREQUESTIONAMENTO DA ALÍNEA A

Conforme se pode ver de fls. 114-116, foram **expressamente invocados os arts. 535, II, e 458, II, do CPC**. Em resposta a isso, o acórdão proferido em virtude dos Embargos de Declaração assentou que bastaria a lavratura do voto vencido da Des. Áurea Pimentel, a despeito de a matéria nele invocada não estar enfrentada no acórdão e que não seria necessária a lavratura dos demais votos vencidos. Af está o prequestionamento explícito da matéria.

Ainda que não se quisesse ver nisso o prequestionamento explícito, talvez por influência daqueles que confundem a explicitude da **questão de direito federal** com a explicitação do número do artigo, criando inusitada figura do prequestionamento numeral, é cabível o recurso, nesta hipótese.

É que seria por demais infquo e toscosco um sistema jurídico onde, por exemplo, pudesse um acórdão ser lavrado ao argumento único e exclusivo, e. g., que "dá-se provimento ao writ, já que os argumentos da autoridade impetrada não são convincentes" e, após embargos declaratórios, fica assentado que "não se acolhem os embargos, eis que inexistente omissão, contradição ou obscuridade" e a parte vê trancada a via recursal especial, por falta de fundamentação, ou extraordinária, por violação ao devido processo legal e ao contraditório, porque no acórdão faltaria o enfrentamento direto da matéria.

Ao contrário disso, quando houve a modificação da orientação pretoriana quanto ao prequestionamento, passando a exigir-se o explícito no lugar do implícito, sempre ficou claro que caberia à parte sequiosa de guindar a matéria aos Tribunais Nacionais alegar o vício de forma que desaguaria no juízo de nulidade do julgado, e não no juízo de reforma (cf. STF, 2ª Turma, AgRg. nº 136.378/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, in RTJ 137/921). Assim, quanto à nulidade do julgado por falta de enfrentamento da matéria debatida nos autos inexistente a necessidade do prequestionamento explícito.

Ainda assim, está presente, in casu, o prequestionamento explícito, tornando admissível o recurso pela alínea a.

CABIMENTO PELA ALÍNEA C

Conforme se pode ver de fls. 109, o **único e exclusivo fundamento do acórdão** é que:

Este E. Órgão Especial vem decidindo iterativamente que "o benefício rotulado como gratificação de encargos especiais, por suas características genéricas, deve ser havido como modificação remuneratória da categoria".

Que categorias genéricas são essas? Porque essa "modificação remuneratória da categoria" realizada por meio de simples despacho em processo administrativo não é considerada ilegal, por afronta ao princípio da reserva legal absoluta em matéria de remuneração de servidores públicos (STF, 2ª Turma, **unânime**, ROMS 21.662, RDA 197/81-87)? Em que se fundamenta essa conclusão?

Para saber isso, somente procurando quais sejam esses "precedentes iterativos", **que não se encontram sequer indicados nos autos.**

Ora, conforme demonstrado abaixo, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu ser necessário fazer integrar a acórdão fundado em **súmula expressamente indicada** as razões do acórdão no qual a aludida súmula se baseou! Que diferença!!!

Idêntica conclusão também não é estranha ao Supremo Tribunal Federal, tal como se vê do RE nº 121.992/PR, 2ª Turma, rel. Min. Célio Borja, in RTJ 133/910.

Portanto, insofismável também é o cabimento pela alínea c do permissivo constitucional.

RAZÕES DO PEDIDO DE ANULAÇÃO

VIOLAÇÃO AOS ARTS. 535, II, E 458, II, DO CPC

Ao direito de requerer, corresponde, necessariamente, o direito de obter resposta, sob pena de inexistir coisa alguma. Se o art. 535, II, do CPC concede à parte o direito de requerer a complementação do acórdão, com o pronunciamento sobre o ponto omitido, é evidente a nulidade da decisão que nega tal integração.

Em precedentes que se não servem para fundar recurso pela alínea c, servem para demonstrar a procedência do recurso pela alínea a, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em arestos colhidos por Theotônio Negrão (CPC, 26ª ed.) em notas ao art. 535:

Art. 535: 16c. "Embargos declaratórios. Omissão. Tanto podem referir-se à parte dispositiva como aos motivos da decisão. Sentença e acórdão haverão de examinar os vários fundamentos relevantes deduzidos na inicial e na contestação, justificando por que são desacolhidos" (STJ-3ª Turma, R.Esp. 30.220-5, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j: 08.02.93, deram provimento, v. u., DJU, 08.03.93, p. 3.118, 2ª col., em.).

Art. 535: 16f. "Viola o art. 535 do CPC o acórdão que rejeita embargos declaratórios em que se pleiteia seja suprida omissão que efetivamente ocorreu" (STJ-3ª Turma, R.Esp. 19.489-0-SP., Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j: 15.09.92, deram provimento parcial, v. u., DJU, 05.10.92, p. 17.098, 1ª col., em.).

Outro acórdão, do mesmo relator, confirma a tese e declara que, além de violado o art. 535, II, ocorreu negativa de vigência aos arts. 458, II, e 165 (STJ-3ª Turma, R.Esp.,

45.955-9-MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro., j: 11.04.94, deram provimento parcial, v. u., DJU, 13.06.94, p. 15.108, 2ª col., em.).

"Se o acórdão omitiu ponto sobre que deveria pronunciar-se o tribunal, o órgão julgador, quando provocado por embargos de declaração, há de sobre ele emitir pronunciamento, de modo claro. Caso em que se reconhece a nulidade, para que outro acórdão seja proferido, com o esclarecimento da omissão." (STJ- 3ª Turma, R.Esp. 28.871-3-RJ, Rel. Min. Nilson Naves, j: 30.11.92, deram provimento parcial, v. u., DJU, 15.02.93, p. 1.686, 1ª col., em.).

Assim, fica insofismável a efetiva violação ao art. 535, II, do CPC, e também ao art. 458, II, do CPC, pois não se encontra no v. acórdão nenhuma linha sequer sobre o argumento do Estado de que haveria impossibilidade jurídica do pedido, na forma da Súmula 339 do STF, que é uma explicitação do princípio da separação dos poderes. Não custa lembrar que, em acórdão posterior (MS 620/94, Rel. Des. Enéas Machado Cotta), o Órgão Especial, em matéria idêntica, aplicou a mencionada Súmula e denegou a segurança.

Há também violação ao art. 458, II, do CPC na medida em que o v. acórdão omite-se quanto aos argumentos trazidos pelo Ministério Público. Se há a intervenção obrigatória do **parquet**, é evidente que os argumentos trazidos por seu representante devem ser examinados, de modo fundamentado. Na inocorrência disso, há a violação ao citado artigo.

DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL

Conforme já antes dito, o v. acórdão recorrido, no que atine ao mérito, está assim redigido:

Este E. Órgão Especial vem decidindo iterativamente que "o benefício rotulado como gratificação de encargos especiais, por suas características genéricas, deve ser havido como modificação remuneratória da categoria". (fls. 109)

Interpôs o ora Recorrente embargos de declaração, alegando:

Em paralelo, nota-se no v. acórdão que a fundamentação do **decisum** está no último parágrafo de fls. 109, onde se diz que no mérito, a questão já vem sendo decidida iterativamente pelo Órgão Especial, trazendo trecho entre aspas, mas sem indicação da fonte.

Como visto, este Egrégio Órgão Especial, quanto ao **puncto dolens** da impetração, remeteu a decisão tomada em outro feito, onde já a examinara com mais detalhamento.

Todavia, não consta dos autos a cópia desse acórdão, pelo que, quem pretenda apenas da análise dos autos saber a razão, a motivação do acórdão ora embargado, terá seu intento frustrado, devendo procurar, **extra autos**, os fundamentos da decisão aqui tomada.

Ora, em casos semelhantes, já se afirmou, de modo pacífico, a orientação de nossos Tribunais Nacionais, de que o acórdão que em seu mérito faz remissão ao decidido em outro caso, ainda que seja esse uma arguição de inconstitucionalidade, e não traz em seu bojo a transcrição integral do paradigma e tampouco acosta cópia do **leading case** impede que seja conhecido seu mérito, pois não consta a fundamentação. Em casos como esses, preconiza o Pretório Excelso caber à parte interessada interpor embargos declaratórios ou então veicular um dos recursos excepcionais não pela matéria de fundo, mas por vício formal da decisão.

Nesse exato sentido é o despacho do Min. Octávio Gallotti no RE nº 148.984-8/RJ, bem como o aresto proferido no RE nº 121.992/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Célio Borja, in RTJ 133/910.

Não se trata de questionamento bizantino, pois no primeiro dos dois precedentes acima referidos, a decisão recorrida, posto fizesse referência ao **leading case**, continha quatro folhas de fundamentação, mas, ainda assim, o recurso não foi conhecido, o que obriga a oposição dos embargos também neste ponto.

Portanto, nota-se que há omissão no v. acórdão embargado, visto não constar dele a fundamentação completa do julgado, de modo, até, a tornar possível ao Embargante veicular o recurso cabível quanto a matéria de fundo. (fls. 115-116)

Nada obstante, entendeu o acórdão proferido nos Embargos ser desnecessária a juntada (fls. 129).

Data venia, por mais que se leia o v. acórdão, não se saberá a razão pela qual foi rejeitada a invocação da Súmula 339 do STF, explicitamente feita a fls. 87, item 8 e reiterada a fls. 116-124. Mister seria, ao menos, a juntada dos precedentes.

Em outro caso, onde a 2ª Turma do STJ entendeu por bem negar provimento ao Recurso Especial nº 2.7692-9/SP fundamenta-

da a decisão em precedentes da Corte e na Súmula nº 258 do extinto Tribunal Federal de Recursos, decidiu aquele Excelso Tribunal:

Ementa: Embargos de Declaração. Acórdão que decide questão embasado em Súmula. Prequestionamento.

Embargos recebidos para que o acórdão embargado se integre dos fundamentos da decisão sumulada, permitindo, assim, eventual interposição de recurso extraordinário, satisfeito o requisito do prequestionamento.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Ao acórdão que, apoiado em precedentes da Corte e no enunciado da Súmula nº 258, do extinto Tribunal Federal de Recursos, decidiu pela inclusão do ICM na base de cálculo do PIS, "OCRIM S/A - Produtos Alimentícios" opõe os presentes declaratórios visando questionar a matéria de índole constitucional.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Com o propósito de interpor recurso extraordinário pretende a embargante que se aprecie matéria de índole constitucional tocante à invasão de competência do Presidente da República pelo art. 11 da LC nº 7/70, contrariando o disposto no art. 81, III, da anterior CF, e ao ferimento do princípio da estrita legalidade da tributação (art. 19, I, da Carta precedente), pela Resolução nº 482, do Banco Central do Brasil.

Tenho que, embora dispensado o julgador de desenvolver fundamentos outros quando o acórdão se encontra embasado em Súmula, merece procedência parcial o pedido declaratório, não para que sejam apreciadas as questões ali agitadas, mas para cumprir exigência emanada do Pretório Excelso atinente à juntada, ao acórdão, de cópia do julgado uniformizador da jurisprudência, permitindo, assim, a interposição do apelo extremo por parte da embargante, satisfeito o requisito do prequestionamento.

Do exposto, apenas para que o acórdão embargado se integre dos fundamentos da decisão sumulada, é que recebo os embargos."

(RSTJ 48/565/566)

No feito paradigma, o acórdão estava fundado em precedentes do próprio STJ e em Súmula do TFR, a de nº 258. Ainda assim, foram providos os embargos, para que integrasse o acórdão, como anexo, cópia integral do acórdão prolatado no incidente de uniformização de jurisprudência na Apelação Cível nº 123.073 - MG, Rel. Min. Pedro Acioli, julgado pela Segunda Seção do extinto Tribunal Federal de Recursos. Aqui, sequer é feita a indicação precisa de que precedentes embasam o acórdão!!!

Insofismável, portanto, o dissídio jurisprudencial, devendo ser prestigiada a orientação do Superior Tribunal de Justiça, até mesmo para que não haja prejuízo à parte, pois, no presente caso, se viu o Recorrente impedido de interpor recurso extraordinário alegando violação do art. 2º da Constituição Federal e da Súmula 339, do STF, que, no entender do Pretório Excelso, "consagra, na jurisprudência desta Corte, uma específica projeção do princípio da separação de poderes", havendo sido "recebida pela Carta Política de 1988" e revestindo-se, "em consequência, de plena eficácia e de integral aplicabilidade sob a vigente ordem constitucional", de modo que "a extensão jurisdicional, em favor de servidores preteridos, do benefício pecuniário que lhes foi indevidamente negado" "encontra obstáculo no princípio da separação de poderes. A disciplina jurídica da remuneração devida aos agentes públicos em geral está sujeita ao princípio da reserva legal absoluta", impedindo "que estando em plena vigência o ato, venham os Tribunais ampliar-lhes o conteúdo normativo e a estender a sua eficácia jurídica a situações subjetivas nele não previstas, ainda que a pretexto de tornar efetiva a cláusula isonômica inscrita na Constituição" (STF, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, unânime, RDA 197/81 - a íntegra da ementa está transcrita a fls. 117-118 destes autos).

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, pede o Recorrente seja admitido, conhecido e provido o presente recurso, a fim de que sejam anulados os v. acórdãos de fls. 108-111 e 128-129, determinando seja outro proferrido em seu lugar, enfrentando expressamente todos os argumentos trazidos em defesa pelo Estado, notadamente o óbice da Súmula 339 do STF, bem como os argumentos esposados no parecer do nobre representante do **parquet**.

E. Deferimento

Rio de Janeiro, 24 de maio de 1996

Gustavo Amaral
Procurador do Estado
OAB/RJ nº 72.167