



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 56.374 - RJ (2018/0001200-8)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : MAURICIO NASCIMENTO DE ALMEIDA
RECORRENTE : GABRIEL FALCAO PEREIRA
ADVOGADO : GABRIELLA VALLONE GOUVEA PUGA - RJ208118
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO
PROCURADOR : DANIELE SANT ANNA REGO DA SILVA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO. "AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO". AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, ao decidir a *vexata quaestio*, consignou: "(...) Malgrado a narrativa dos autos indique a plausibilidade do direito alegado, não há nos autos prova pré-constituída capaz de demonstrar de forma inequívoca que a gratificação intitulada “avaliação de desempenho” consiste em vantagem de caráter genérico, ou seja, aquela que deve ser paga sem restrição, em sua integralidade, a qualquer servidor público, na forma do art. 62, X c/c art. 63, § único, ambos da Lei Municipal nº 50/91, bem como do art. 43, da Lei Municipal nº 388/11. (...) O desrespeito a direito líquido e certo tem que ser comprovado de plano, em caráter irrefutável, e, muito embora os impetrantes afirmem ter anexado ao mandamus o parecer nº 35/2013 do IPASG (Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores Municipais de São Gonçalo), o parecer nº 64/2013 da Procuradoria do Município de São Gonçalo e o parecer exarado no processo nº 862/2014 do IPASG, não se encontram tais documentos adunados aos autos. Afigura-se, pois, imperioso oportunizar a dilação probatória, pelas vias ordinárias, de modo que a Administração Pública apresente suas justificativas para não incorporar o adicional objeto dos autos aos vencimentos dos impetrantes. Cumpre anotar que os contracheques paradigmas, de outros servidores em idêntica função, por si só, são insuficientes à comprovação cabal da tese mandamental, visto que demonstram tão somente valores maiores no vencimento base, não esclarecendo o motivo da majoração. Ademais, o pedido de equiparação com seus vencimentos-base não se faz acompanhar de prova de que algum daqueles servidores recebe o teto estabelecido pela lei municipal indicada e nem qual seria o maior vencimento pago atualmente pelo cargo exercido pelos impetrantes. Sequer há prova de recusa da municipalidade em conceder a pretendida equiparação em sede administrativa. Importante ressaltar, ainda, que os julgados indicados no presente mandamus (Agravo Interno na Apelação Cível nº 0167688 53.2012.8.19.0004 e ED na Apelação Cível nº 2009.001.10732) decorrem de ajuizamento de demandas pelo procedimento comum, que permitem a dilação probatória necessária para a análise do direito em tela. No que tange ao Mandado de Segurança nº 0004864- 57.2015.8.19.0000, vale dizer que se refere à situação diversa, qual seja, o 'Adicional de Risco de Vida', concedido pela Lei n. 526/2013 (...)"

2. O Mandado de Segurança é ação constitucionalizada instituída para proteger



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direito líquido e certo, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por ilegalidade ou abuso de poder, exigindo-se prova pré-constituída como condição essencial à verificação da pretensa ilegalidade, o que não é o caso dos autos, sendo a dilação probatória incompatível com a natureza da ação mandamental.

3. Recurso Ordinário não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "'A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Assusete Magalhães e Francisco Falcão (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques."

Brasília, 03 de abril de 2018(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 56.374 - RJ (2018/0001200-8)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : MAURICIO NASCIMENTO DE ALMEIDA
RECORRENTE : GABRIEL FALCAO PEREIRA
ADVOGADO : GABRIELLA VALLONE GOUVEA PUGA - RJ208118
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO
PROCURADOR : DANIELE SANT ANNA REGO DA SILVA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto contra acórdão assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO. ADICIONAL DE DESEMPENHO DE FUNÇÃO (ADF). ART. 62, X, DA LEI Nº 050/91 E ART. 43, DA LEI Nº 388/11. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ART. 1º, DA LEI 12.016/09 E DO ART. 5º, LXIX, DA CRFB/88.

- Pretensão dos impetrantes à incorporação da gratificação intitulada “avaliação de desempenho”, aos seus vencimentos-base, inclusive para efeito de incidência de outras gratificações calculadas sobre o salário base, em percentual máximo, qual seja, 150% (cento e cinquenta por cento), uma vez que se trata, na verdade, de majoração salarial sob o disfarce de vantagem pecuniária.

- Rejeição da preliminar de decadência ofertada na impugnação, tendo em vista que o ato omissivo do município impetrado protraiu-se no tempo, devendo ser aplicado o disposto no verbete nº 85, da Súmula do STJ.

- Inexistência de prova pré-constituída do direito líquido e certo alegado, na forma do art. 5º, LXIX, da CRFB/88 e art. 1º, da Lei nº 12.019/09.

- Embora os impetrantes afirmem ter anexado ao mandamus o parecer nº 35/2013 do IPASG (Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores Municipais de São Gonçalo), o parecer nº 64/2013 da Procuradoria do Município de São Gonçalo e o parecer exarado no processo nº 862/2014 do IPASG, não se encontram tais documentos adunados aos autos.

- Afigura-se, pois, imperioso oportunizar a dilação probatória, pelas vias ordinárias, de modo que a Administração Pública apresente suas justificativas para não incorporar o adicional objeto dos autos aos vencimentos dos impetrantes.

INDEFERIMENTO DA INICIAL E EXTINÇÃO DO PROCESSO, NA FORMA DO ART. 10 DA LEI Nº 12.016/09 C/C ARTIGO 485, I, DO CPC/2015.

Em suas razões, os recorrentes alegam possuírem direito líquido e certo à incorporação da gratificação intitulada “avaliação de desempenho”, aos seus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vencimentos-base, inclusive para efeito de incidência de outras gratificações calculadas sobre o salário base, em percentual máximo, qual seja, 150% (cento e cinquenta por cento).

O Ministério Público emitiu parecer assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MUNICIPAL. ADICIONAL DE DESEMPENHO DE FUNÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. AUSÊNCIA. -Impossibilidade de dilação probatória em mandado de segurança. Ônus do impetrante de exhibir prova pré-constituída do direito líquido e certo. — Parecer pela negativa de provimento ao recurso em mandado de segurança.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 56.374 - RJ (2018/0001200-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 2.2.2018.

O Tribunal de origem, ao decidir a *vexata quaestio*, consignou:

(...)

Malgrado a narrativa dos autos indique a plausibilidade do direito alegado, não há nos autos prova pré-constituída capaz de demonstrar de forma inequívoca que a gratificação intitulada “avaliação de desempenho” consiste em vantagem de caráter genérico, ou seja, aquela que deve ser paga sem restrição, em sua integralidade, a qualquer servidor público, na forma do art. 62, X c/c art. 63, § único, ambos da Lei Municipal nº 50/91, bem como do art. 43, da Lei Municipal nº 388/11.

(...)

O desrespeito a direito líquido e certo tem que ser comprovado de plano, em caráter irrefutável, e, muito embora os impetrantes afirmem ter anexado ao mandamus o parecer nº 35/2013 do IPASG (Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores Municipais de São Gonçalo), o parecer nº 64/2013 da Procuradoria do Município de São Gonçalo e o parecer exarado no processo nº 862/2014 do IPASG, não se encontram tais documentos adunados aos autos.

Afigura-se, pois, imperioso oportunizar a dilação probatória, pelas vias ordinárias, de modo que a Administração Pública apresente suas justificativas para não incorporar o adicional objeto dos autos aos vencimentos dos impetrantes.

Cumpra anotar que os contracheques paradigmas, de outros servidores em idêntica função, por si só, são insuficientes à comprovação cabal da tese mandamental, visto que demonstram tão somente valores maiores no vencimento base, não esclarecendo o motivo da majoração. Ademais, o pedido de equiparação com seus vencimentos-base não se faz acompanhar de prova de que algum daqueles servidores recebe o teto estabelecido pela lei municipal indicada e nem qual seria o maior vencimento pago atualmente pelo cargo exercido pelos impetrantes. Sequer há prova de recusa da municipalidade em conceder a pretendida equiparação em sede administrativa.

Importante ressaltar, ainda, que os julgados indicados no presente mandamus (Agravado Interno na Apelação Cível nº 0167688 53.2012.8.19.0004 e ED na Apelação Cível nº 2009.001.10732) decorrem de ajuizamento de demandas pelo procedimento comum, que permitem a dilação probatória necessária para a análise do direito em tela.

No que tange ao Mandado de Segurança nº 0004864-57.2015.8.19.0000, vale dizer que se refere à situação diversa, qual seja, o “Adicional de Risco de Vida”, concedido pela Lei n. 526/2013.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Mandado de Segurança é ação constitucionalizada instituída para proteger direito líquido e certo, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por ilegalidade ou abuso de poder, exigindo-se prova pré-constituída como condição essencial à verificação da pretensa ilegalidade, o que não é o caso dos autos, sendo a dilação probatória incompatível com a natureza da ação mandamental.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SARGENTO DA POLÍCIA MILITAR DO RIO DE JANEIRO. GRATIFICAÇÃO DE ENCARGOS ESPECIAIS (GEE). ALEGAÇÃO DE RECEBIMENTO DA VANTAGEM PECUNIÁRIA EM VIRTUDE DO RECONHECIMENTO DO DIREITO POR DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

1. Trata-se na origem de Mandado de Segurança impetrado pelo recorrente contra ato do Secretário de Estado de Planejamento e Gestão do Estado do Rio de Janeiro consistente na não atualização do valor da Gratificação de Encargos Especiais (GEE) em seu contracheque, correspondente a 60% da remuneração bruta do titular da patente de Coronel abatida do adicional por tempo de serviço. O recorrente alega que, não obstante sua patente seja de 1º Sargento da PMRJ (o que não lhe daria direito à referida gratificação), teve reconhecido o direito ao recebimento da GEE em ação judicial.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, o Mandado de Segurança detém entre seus requisitos a demonstração inequívoca de direito líquido e certo pela parte impetrante, por meio da chamada prova pré-constituída, inexistindo espaço para dilação probatória na célere via do mandamus.

3. Analisando os autos verifica-se que o recorrente não comprovou satisfatoriamente a existência do direito líquido e certo pleiteado.

Caberia a ele ter apresentado cópia da decisão judicial transitada em julgado na qual supostamente teve reconhecido o direito ao recebimento da GEE.

4. Conforme bem salientado pelo MPF em seu parecer, de fls. 183-187, "os contracheques anexados à exordial não bastam para comprovar o alegado, pois o período de três meses consecutivos é bastante curto, gerando dúvida se não foi pago por erro da Administração; e a rubrica referente à gratificação aparece em folha distinta daquela onde consta o nome do militar, gerando incerteza quanto aos fatos alegados. Os demais documentos, que consistem em peças processuais esparsas de demandas de terceiros, não se prestam a afirmar o aludido direito ao recebimento da vantagem pecuniária, haja vista que não se referem ao recorrente." 5. Recurso Ordinário não provido.

(RMS 51.226/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 17/11/2016)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DO FISCO DO ESTADO DE GOIÁS. GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO ESPECIAL. EXTENSÃO AOS SERVIDORES INATIVOS. IMPOSSIBILIDADE. VANTAGEM PRO LABORE FACIENDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INEXISTÊNCIA DE LINEARIDADE E GENERALIDADE. PRECEDENTES. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. AUSÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DA AFERIÇÃO DO ALEGADO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INCOMPATIBILIDADE COM A DILAÇÃO PROBATÓRIA.

I - A gratificação de representação especial concedida a alguns servidores do Fisco do Estado de Goiás é vantagem de caráter transitório, relacionada ao desempenho da função, ou seja, não tem caráter geral, sendo atrelada à consecução de atividades específicas. Precedentes.

II- Segundo a jurisprudência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal de Justiça, a isonomia preceituada no artigo 40, § 4º da Constituição Federal só é aplicável quando o acréscimo vencimental for linear e geral. Desta feita, persistindo circunstância condicionante do percentual a ser conferido aos servidores em atividade, resta afastada a extensão do aludido dispositivo constitucional aos inativos, em face da natureza pro labore faciendo.

III - O mandado de segurança é ação constitucionalizada instituída para proteger direito líquido e certo, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por ilegalidade ou abuso de poder, exigindo-se prova pré-constituída como condição essencial à verificação da pretensa ilegalidade, sendo a dilação probatória incompatível com a natureza da ação mandamental. Precedentes.

IV - Agravo interno desprovido.

(AgRg no RMS 15.503/GO, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 25/02/2003, DJ 24/03/2003, p. 244)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURADORES DO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO/RJ. ADICIONAL DE NÍVEL SUPERIOR. SUPRESSÃO PELAS LEIS NS. 026/95 E 035/95, COMBINADO COM O ANEXO I DA LEI N. 07/90. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DE QUE A SUPRESSÃO NÃO ALCANÇOU OS IMPETRANTES. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO.

I - Gratificação de Nível Superior, devida aos servidores do Município de São Gonçalo/RJ, supressão da remuneração dos Procuradores Municipais pelas Leis ns. 026/95 e 035/95, as quais alteraram a remuneração dos cargos de nível superior, cujos servidores recebiam pela referência 10.

II - Não há nos autos comprovação de que os Procuradores Municipais recebiam, à época da supressão, por referência diversa da 10, a qual foi alvo da alteração.

III - A impetração de mandado de segurança pressupõe a existência de direito líquido e certo, comprovado mediante prova pré-constituída, o que não ocorreu na espécie.

IV - Recurso Ordinário improvido.

(RMS 46.149/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 09/05/2017)

Por tudo isso, **nego provimento ao Recurso Ordinário.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2018/0001200-8 PROCESSO ELETRÔNICO RMS 56.374 / RJ

Números Origem: 0043734-06.2017.8.19.0000 00437340620178190000 201714000181 437340620178190000

PAUTA: 03/04/2018

JULGADO: 03/04/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULIO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MAURICIO NASCIMENTO DE ALMEIDA
RECORRENTE : GABRIEL FALCAO PEREIRA
ADVOGADO : GABRIELLA VALLONE GOUVEA PUGA - RJ208118
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO
PROCURADOR : DANIELE SANT ANNA REGO DA SILVA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Servidor Público Civil - Sistema Remuneratório e Benefícios - Gratificação de Incentivo

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Assusete Magalhães e Francisco Falcão (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.