



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
GAB. DO DES. ABRAHAM LINCOLN DA CUNHA RAMOS

A C Ó R D ã O

REEXAME NECESSÁRIO Nº 0008621-23.2011.815.2001

RELATOR :Desembargador Abraham Lincoln da Cunha Ramos
PROMOVENTE :Evangelista Bernardo do Nascimento
ADVOGADO :Ênio Silva Nascimento e outro
PROMOVIDO :PBPrev-Paraíba Previdência
PROCURADOR :Daniel Guedes de Araújo e outros
REMETENTE :4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Capital

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – Reexame necessário - Contribuição previdenciária - Ação de Repetição de Indébito Previdenciário - Sentença pela procedência do pedido – Suspensão dos descontos e a devolução das contribuições incidentes sobre terço de férias e gratificações que não integram os proventos da aposentadoria – Retroação aos últimos cinco anos – Correção e juros desde a data de cada desconto – Reforma neste ponto - Precedentes do STF - Provimento Parcial.

-A contribuição previdenciária sobre 1/3 de férias e gratificações que não integram os proventos da aposentadoria é expressamente excluída pela legislação que regulamenta a matéria no âmbito do Estado da Paraíba, a teor do art. 13, § 3º, da Lei nº 9.939/2012 e do art. 4º, §1º da Lei Federal nº 10.887/04. Não estando as verbas reclamadas relacionadas na legislação como isentas, devem sofrer a incidência da contribuição.

- Com base em tais preceitos, principalmente, no disposto no §3º, do artigo 40 da Constituição Federal, o

Plenário do Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento, no sentido de que a contribuição previdenciária do servidor público não pode incidir sobre as parcelas não computadas no cálculo dos benefícios de aposentadoria.

-Dada a natureza transitória e não integrar a base de cálculo na aposentadoria do servidor é indevido o desconto de contribuição previdenciária em torno das gratificações previstas no art. 57, INC. VII da LC 58/20031, referente a atividades especiais temp, POG.PM; EXTR.PM; VAR.PM e terço de férias. Precedentes desta Corte.

- Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos o acima identificados.

A C O R D A M, em Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade, dar provimento parcial ao reexame necessário, nos termos do voto do relator e da súmula de julgamento retro.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário oriundo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital em face da sentença de fls. 86/90, que, nos autos da ação de repetição de indébito, ajuizada por **EVANGELISTA BERNARDO DO NASCIMENTO**, em face do **PBPrev-PARAÍBA PREVIDÊNCIA**, julgou procedente o pedido exordial para declarar indevida a incidência de contribuição previdenciária sobre ADICIONAL DE FÉRIAS, GRAT. ATIVIDADES ESPECIAIS-TEMP; GRAT. A 57 VII L 58/03-EXT.PM, GRAT. A 57 VII L 58/03-VAR.PM e GRAT. A 57 VII L 58/03-PGO.PM, e para determinar que a promovida restitua a parte autora as quantias indevidamente descontadas com a incidência da contribuição previdenciária sobre tais valores, do período não prescrito, com correção monetária e juros desde a data de cada desconto indevido.

Instada a opinar, a douta Procuradoria de

Justiça lançou parecer, fls. 96, sem opinar acerca do mérito.

É o relatório.

VOTO

De início, ressalta-se que, em razão da não interposição de recurso apelatório, passe-se à análise, tão somente, da decisão ora sob reexame necessário.

Como visto, a postulação cinge-se na possibilidade de incidência dos descontos previdenciários sobre ADICIONAL DE FÉRIAS, GRAT. ATIVIDADES ESPECIAIS-TEMP; GRAT. A 57 VII L 58/03-EXT.PM, GRAT. A 57 VII L 58/03-VAR.PM e GRAT. A 57 VII L 58/03-PGO.PM, em razão destes serem incorporáveis ou não aos proventos da aposentadoria, considerando-se o caráter contributivo e retributivo da previdência social .

Já está sedimentado no Supremo Tribunal Federal o entendimento no sentido de que não incide a contribuição previdenciária sobre as parcelas de terço constitucional de férias e sobre as parcelas indenizatórias ou que não se incorporam à remuneração do servidor. E por razões óbvias, ou seja, se não podem somar para os cálculos do provento por ocasião da concessão de aposentadoria, não justifica a contribuição previdenciária, eis que é o sistema reinante no Brasil.

Pelo sistema contributivo, os proventos da aposentadoria são calculados pela média das contribuições efetivamente realizadas no período determinado por lei, vinculados a um valor referência, que é composto das parcelas incorporáveis, entre as quais não se incluem o 1/3 de férias, as horas extras e outras verbas expressamente relacionadas na legislação de regência.

No que se refere ao 1/3 de férias, o entendimento que se extrai da orientação emanada de julgados do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido da decisão recorrida, como se observa, "*verbis*":

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INCIDÊNCIA SOBRE TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A orientação do Tribunal é no sentido de que as contribuições previdenciárias não podem incidir em parcelas indenizatórias ou que não incorporem a remuneração do servidor. II - Agravo regimental improvido" (AI 712880 AgR, Relator(a): MM. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma,

julgado em 26/05/2009, DJe-113 DIVULG 18-06-2009 PUBLIC 19- 06-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-171 DIVULG 10-09-2009 PUBLIC 1 1-09- 2009 EMENT VOL-02373-04 PP-00753).

STJ, como se constata:

No mesmo tom, aponta a jurisprudência do

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL CONFIGURADO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. NÃO INCIDÊNCIA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE. 1. O Recurso Especial foi provido com o fim de excluir a incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias pago a servidores públicos. Todavia, o caso dos autos refere-se à exação sobre salários pagos a trabalhadores privados. Constatado o erro material. 2. **Não incide contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias, por constituir verba que detém natureza indenizatória. Precedentes desta Segunda Turma. (...)**" (EDcl no AgRg no REsp 1210517/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2011, DJe 11/05/2011).

E ainda:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-DOENÇA E TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. **A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acolheu o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, no sentido de que o adicional de 1/3 de férias e o terço constitucional caracterizam-se como verba indenizatória, sobre a qual não pode incidir contribuição para a previdência social. De igual forma, a incidência da contribuição previdenciária sobre os 15 primeiros dias do pagamento de auxílio-doença não deve prosperar. 2. Agravo regimental não provido.**"(AgRg no REsp 1204899/CE, Rel. Ministro ALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe /08/2011)

Da mesma corte superior:

REsp 489279 / DF RECURSO ESPECIAL 2002/0168850-1 Relator(a) Ministro FRANCIULLI NETTO (1117) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 09/11/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 11/04/2005 p. 229 Ementa RECURSO ESPECIAL - ALÍNEA "A" - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS - ADICIONAL DE FÉRIAS - FUNÇÃO COMISSIONADA E OUTROS ADICIONAIS - NÃO-INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO - EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98 - LEI N. 9.783/99 - PRECEDENTES DAS 1ª E 2ª TURMAS - GRATIFICAÇÃO NATALINA - INTEGRA O SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO - VERBA A SER PERCEBIDA NA APOSENTAÇÃO. - O arcabouço previdenciário vigente está esteado em bases rigorosamente atuariais, de sorte que, se não houve lamentáveis distorções, deve haver sempre equivalência entre o ganho na ativa e os proventos e as pensões da inatividade. **Se é certo que, no ensejo da aposentadoria, não será percebida a retribuição auferida na ativa concernente ao exercício de cargo em comissão, não faz o menor sentido que sobre o percebido, a título de função gratificada, incida o percentual relativo à contribuição previdenciária.** Precedentes da Seção de Público: ROMS 12.686/DF, Relatora Min. Eliana Calmon, DJU 05.08.2002; RMS 12.455-MA, deste Relator, DJ 12/5/2003, e ROMS 12.590/DF, Relator Min. Milton Luiz Pereira, DJU 17.06.2002. **O mesmo raciocínio se aplica em relação a outros valores elencados no v. acórdão recorrido, quais sejam, o terço de férias constitucional, horas extras e outros adicionais, desde que não integrem a verba a ser percebida pelo servidor quando da aposentadoria, ao contrário do que restou decidido pela egrégia Corte a quo.** Excetua-se, logicamente, a gratificação natalina, que integrará a base de cálculo para fins de incidência da contribuição previdenciária, uma vez que o décimo terceiro salário continuará a ser percebido na inatividade. Precedente: ROMS 14.346/DF, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, DJU 28.06.2004. Recurso especial provido em parte, para afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre o terço de férias constitucional, horas extras e outros adicionais, desde que não integrem a verba a ser percebida pelo servidor quando da aposentadoria.

Desta feita, considerando que o 1/3 de férias é verba que possui nítido caráter indenizatório, conclui-se, de forma indubitosa, que a contribuição previdenciária não deve incidir sobre referido adicional constitucional, sendo imperiosa a suspensão do desconto e devolução do valor que tiver sido cobrado indevidamente.

Quanto às demais parcelas, para elucidar o tema, a jurisprudência pátria já adotou o posicionamento no sentido de que a contribuição previdenciária tem a sua base de cálculo delimitada em parcelas de **natureza remuneratória**, percebidas com habitualidade, que se incorporam aos rendimentos do trabalhador para fins de repercussão nos benefícios da inatividade.

Em outras palavras, só podem ser objeto de desconto previdenciário aquelas verbas que serão levadas em consideração quando da realização do cálculo da aposentadoria.

Nesse sentido, as parcelas que compõem os vencimentos do servidor público nem sempre são passíveis de incorporação, notadamente quando a sua origem esteja diretamente ligada a uma situação especial ou a um fato excepcional, que tenha por escopo a recompensa por uma perda sofrida ou que não haja a habitualidade de sua percepção.

A Lei nº 10.887/04, que dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e altera dispositivos das Leis nºs 9.717, de 27 de novembro de 1998, 8.213, de 24 de julho de 1991, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e dá outras providências, aplica-se ao caso em tela por ter abrangência sobre todo o sistema previdenciário.

Em seu art. 4º, § 1º, a referida lei é textual na disposição sobre a base de incidência das contribuições previdenciárias, estabelecendo que ela atinge o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei; os adicionais de caráter individual ou quaisquer outras vantagens, **excluídas: as diárias para viagem; a ajuda de custo em razão da mudança de sede; a indenização de transporte; o salário família; o auxílio alimentação; o auxílio creche; as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho; a parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança, e o abono de permanência.**

“Art. 4º A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de 11% (onze por cento), incidente sobre a totalidade da base de contribuição.

§ 1º Entende-se como base de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual ou quaisquer outras

vantagens, excluídas:

I - as diárias para viagens; II - a ajuda de custo em razão de mudança de sede; III - a indenização de transporte; IV - o salário-família; V - o auxílio-alimentação; VI - o auxílio-creche; VII - as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho; VIII - a parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função comissionada ou gratificada; e IX - o abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003; X- o adicional de férias; XI- o adicional noturno; XII- o adicional por serviço extraordinário; XIII- a parcela paga a título de assistência à saúde suplementar; XIV- a parcela paga a título de assistência pré-escolar; XV- a parcela paga a servidor público indicado para integrar conselho ou órgão deliberativo, na condição de representante do governo, de órgão ou de entidade da administração pública do qual é servidor; XVI - o auxílio-moradia; XVII - a Gratificação por Encargo de Curso ou Concurso, de que trata o Art. 76-A da Lei nº [8.112, de 11 de dezembro de 1990](#); XVIII - a Gratificação Temporária das Unidades dos Sistemas Estruturadores da Administração Pública Federal (GSISTE), instituída pela Lei nº [11.356, de 19 de outubro de 2006](#); XIX - a Gratificação de Raio X."

No mesmo diapasão, a Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, acolhendo proposta do Poder Executivo, aprovou a Lei nº 9.939, de 27 de dezembro de 2012, dando ao dispositivo que trata da definição da base contributiva do servidor público estadual, redação similar, como se pode observar:

Art. 13 (omissis)

(...)

§ 3º Entende-se como base de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em Lei, os adicionais de caráter individual ou quaisquer outras vantagens, excluídas:

I – diárias, nos termos da Lei Complementar nº 58/2003;

II – a indenização de transporte;

III – o salário-família;

IV – o auxílio-alimentação;

V – o auxílio creche;

VI – as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho;

VII – a parcela recebida em decorrência do exercício de cargos em comissão ou de função comissionada ou gratificada;

VIII – o abono de permanência de que tratam o § 19 do

art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003;

IX – o adicional de férias;

X – o adicional noturno;

XI – a adicional por serviço extraordinário;

XII – a parcela paga a título de assistência à saúde suplementar;

XIII – a parcela paga a título de assistência pre-escolar;

XIV – parcelas de natureza *propter laborem*;

XV – a parcela paga a servidor público indicado para integrar conselho ou órgão deliberativo, na condição de representante do governo, de órgão ou de entidade da Administração Pública do qual é servidor.

Como se vê, tanto a legislação federal quanto a estadual, que regulamentam a matéria no âmbito de suas respectivas competências, são claras no que se refere à definição da base de contribuição, bem como em relação às verbas que serão consideradas na oportunidade da elaboração dos cálculos do provento da inatividade, ou seja, a contribuição só deve incidir naquelas que serão consideradas na composição dos valores da aposentadoria.

As verbas recebidas sob a rubrica do art. 57, VII, da LC nº 58/2003 (Grat. POG-PM, Gratificação de Atividades Especiais, Gratificação Especial Operacional), entendo que estas não possuem o devido caráter remuneratório e habitual, pois decorrem de atividades especiais, como bem destaca o mencionado dispositivo, vejamos:

“Art. 57 – Além do vencimento e das vantagens previstas nesta Lei e das estabelecidas em lei específica, poderão ser deferidos aos servidores:(...);

VII – gratificação de atividades especiais; (...)”

ainda destaca: No art. 67, a citada Lei Complementar

“Art. 67 – A gratificação de atividades especiais poderá ser concedida a servidor ou a grupo de servidores, pelo desempenho de atividades especiais ou excedentes às atribuições dos respectivos cargos ou pela participação em comissões, grupo ou equipes de trabalho constituídas através de ato do Governador do Estado.”

Essas gratificações têm a natureza “*propter laborem*”, pois se refere ao exercício de atividades que vão além das atribuições do cargo ocupado pelo servidor. Assim, não deve incidir contribuição previdenciária sobre essa verba, diante da ausência de

habitualidade, conforme se extrai do entendimento do STF:

“AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C/C COBRANÇA - INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS, E GRATIFICAÇÕES PROPTER LABOREM IMPOSSIBILIDADE - ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DESPROVIMENTO DO RECURSO. - Tributário. Imposto de renda sobre a parcela do adicional de férias. Impossibilidade. Agravo Improvido. 1- A orientação do Tribunal é no sentido de que as contribuições previdenciárias não podem incidir em parcelas indenizatórias ou que não incorporem a remuneração do servidor. (STF - AI 712880 AgR/MG - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - Primeira Turma - 26/05/2009)

Egrégio Tribunal de Justiça:

No mesmo toar, é a jurisprudência deste

“REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. CASSAÇÃO. AGENTE PENITENCIÁRIO. INCIDÊNCIA SOBRE RISCO DE VIDA E ATIVIDADES ESPECIAIS. GPC. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA PROPTER LABOREM. ADICIONAL DE REPRESENTAÇÃO. CARÁTER REMUNERATÓRIO. POSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO DO RECURSO APELATÓRIO E PROVIMENTO PARCIAL DA REMESSA. A orientação do STF é no sentido de que as contribuições previdenciárias não podem incidir em parcelas indenizatórias ou que não incorporem a remuneração do servidor. A gratificação de risco de vida paga aos agentes penitenciários em efetivo exercício em estabelecimentos destinados a custódia de presos ou de internação apresenta, em exame primário, natureza propter laborem, já que é paga apenas àqueles que se encontrarem na referida situação funcional, nos termos do art. 5º e parágrafo único, da Lei estadual nº 8.561/2008. No tocante às verbas recebidas sob a rubrica do art. 57, VII, da Lei Complementar estadual nº 58/2003, entendo que estas não possuem o devido caráter remuneratório e habitual, pois decorrem de atividades especiais, como bem destaca o mencionado dispositivo. [...] (TJPB; Rec. 200.2012.065427-8/002; Quarta Câmara Especializada Cível; Rel. Des. João Alves da Silva; DJPB 27/05/2014; Pág. 13)”. (Grifei).

Assim, correta a decisão primeva que determinou a suspensão e a restituição dos descontos sobre as verbas ora discutidas.

Em sede de reexame necessário, modifico o termo inicial dos juros de mora, uma vez que o mesmo se dá com o trânsito em julgado do litígio, nos termos da Súmula nº 188/STJ:

“Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença”.

Aplico, ainda, o Índice a ser utilizado na correção monetária. Em face à declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, a atualização monetária deverá ser calculada com base no IPCA-E, posto que este índice é o que melhor reflete a inflação acumulada no período.

À luz do que foi exposto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL** ao reexame necessário para reformar a sentença, apenas no que diz respeito à correção monetária e juros de forma a aplicar a Taxa IPCA-E e juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir do trânsito em julgado da sentença, nos termos da súmula 188 do STJ, mantendo a sentença nos demais termos.

É como voto.

Presidiu a Sessão Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos . Participaram do julgamento o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos, o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho e o Exmo. Dr. Onaldo Rocha de Queiroga (juiz convocado em substituição a Exma. Desa. Maria das Neves do Egito de Araújo Duda Ferreira).

Presente ao julgamento, a Exma. Dra. Vanina Nóbrega de Freitas Dias Feitosa, Promotora de Justiça convocada.

Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa, 11 de fevereiro de 2016.

Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
Relator