



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça da Paraíba
Gabinete da Des. Maria das Graças Morais Guedes

ACÓRDÃO

REMESSA OFICIAL e APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003098-77.2015.815.0000

Origem : 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital
Relator : Dr. Marcos William de Oliveira – Juiz convocado
Apelante 1: Estado da Paraíba
Procurador: Felipe de Brito Lira Souto
Apelante 2: PBPREV – Paraíba Previdência
Procurador: Eris Rodrigues Araújo da Silva e Emanuella Maria de Almeida Medeiros
Apelado : Clícia de Andrade Sobral
Advogado : Cândido Artur Matos de Sousa

APELAÇÕES CÍVEIS E REMESSA OFICIAL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE COBRANÇA DE INDÉBITO. PROCEDÊNCIA PARCIAL EM SEDE DE 1º GRAU. IRRESIGNAÇÃO. PRELIMINAR SUSCITADA NA PRIMEIRA APELAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. ENTENDIMENTO FIRMADO NESTA CORTE. SÚMULA 48. REJEIÇÃO. MÉRITO. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS INDEVIDOS SOBRE TERÇO DE FÉRIAS, SERVIÇOS EXTRAORDINÁRIOS, GRATIFICAÇÃO DE INSALUBRIDADE E AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO. VERBAS EXCLUÍDAS DO ART. 4º, § 1º, DA LEI Nº 10.887/2004. EXCLUSÃO DAS OBRIGAÇÕES REFERENTES ÀS DIÁRIAS,

ADICIONAL NOTURNO E CONVERSÃO DE LICENÇA PRÊMIO EM PECÚNIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS DESCONTOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS. RETIFICAÇÃO DO TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA E DA CORREÇÃO MONETÁRIA. MANUTENÇÃO DOS DEMAIS TERMOS DA SENTENÇA. **PROVIMENTO PARCIAL DOS APELOS E DA REMESSA.**

– Nos termos da Súmula 48 do TJPB, o Estado da Paraíba e os Municípios, conforme o caso, e as autarquias responsáveis pelo gerenciamento do regime próprio de previdência, têm legitimidade passiva quanto à obrigação de restituição de contribuição previdenciária recolhida por servidor público ativo ou inativo e por pensionista.

– Excluídas as verbas explicitadas no rol taxativo do art. 4º, § 1º, da Lei nº 10.887/2004, as demais compõem a base para as contribuições previdenciárias do servidor, entrando no cálculo dos proventos de aposentadoria, a serem formulados considerando a média aritmética simples das maiores remunerações, correspondentes a 80% de todo o período contributivo desde a competência de julho 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquele marco.

- Não tendo a parte autora comprovado o indevido desconto referente às diárias, adicional noturno e conversão de licença prêmio em pecúnia, impõe-se a exclusão das obrigações referentes a estas verbas, visto não ter havido o cumprimento do ônus

processual insculpido no inc. I do art. 333 do CPC.

- A nova redação do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, imposta pela Lei nº 11.960/2009, não se aplica à repetição do indébito tributário, que deve seguir regramento próprio, fixado pelo Código Tributário Nacional (arts. 161, § 1º e 167), o qual, por ser legislação formalmente mais rígida, denominada CTN pelo Ato Complementar nº 36/1967, alterado pela Lei Complementar nº 118/2005, afasta a aplicação de qualquer lei ordinária com ele conflitante.

– O termo inicial dos juros é o trânsito em julgado da decisão que determinar a devolução, consoante atesta a Súmula 188 do Superior Tribunal de Justiça.

- A correção monetária deve incorrer a partir do recolhimento indevido (súmula 162 do STJ) e em percentual equivalente ao que incide sobre débitos tributários estaduais pagos com atraso.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos acima referenciados.

ACORDA a egrégia Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade, **em dar provimento parcial aos recursos e à remessa necessária.**

RELATÓRIO

Trata-se de **Apelações Cíveis** interpostas contra sentença prolatada e **remetida oficialmente** pelo Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, fls. 145/152, que, nos autos da

Ação Ordinária de Cobrança, movida por **Clícia de Andrade Sobral**, julgou parcialmente procedente a demanda, nos seguintes termos:

“Isto posto, com base nos fundamentos acima mencionados, **REJEITO a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo Estado da Paraíba**, e no mérito baseado no artigo 269, I do Código de Processo Civil **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado por CLÍCIA ANDRADE DE SOBRAL em face da Pbprev – Previdência Paraíba e do ESTADO DA PARAÍBA**, declarando indevida a incidência de contribuição previdenciária sobre: **TERÇO DE FÉRIAS, DIÁRIAS, ADICIONAL DE PRESTAÇÃO SERVIÇOS EXTRAORDINÁRIOS, ADICIONAL NOTURNO, CONVERSÃO DE LICENÇA PRÊMIO EM PECÚNIA, gratificação de insalubridade, AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO**, determinando que os promovidos **restituam** a parte autora as quantias indevidamente descontadas com a incidência da contribuição previdenciárias sobre tais valores, do período não prescrito, apuradas em liquidação de sentença, com correção monetária e juros, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, desde a data de cada desconto indevido. (...)”

Ao final, condenou os promovidos ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 15% sobre o valor apurado na execução do julgado.

Em suas razões recursais, fls. 154/166, **o Estado da Paraíba** suscita preliminarmente sua ilegitimidade passiva *ad causam*, aduzindo que a pretensão da parte autora deveria ter sido endereçada

unicamente à PBPREV – Paraíba Previdência, por tratar-se de autarquia com personalidade jurídica própria e capacidade de autoadministração.

No mérito, assevera que o pleito autoral não merece prosperar, sob a alegação de que o art. 214, § 4º do Decreto 3048/99 prevê que a contribuição previdenciária incide sobre o terço de férias.

Alega que a finalidade do terço de férias é conceder um reforço financeiro ao trabalhador, a fim de que no período de férias possa realizar com mais desenvoltura todas as atividades a que se disponha, revelando ser uma verba de natureza remuneratória, sobre a qual é cabível a incidência da contribuição previdenciária.

Por fim, pugna pelo acolhimento da preliminar e, não sendo este o entendimento, pela reforma da sentença e não conceder a gratificação de atividade judiciária e/ou pelo menos determinar que o estado não seja condenado a pagar qualquer valor à recorrida, impondo-lhe o pagamento dos honorários advocatícios e custas.

Nas razões do segundo apelo, fls. 167/173, a PBPREV alega que o regime de previdência pátrio caracteriza-se pelo seu caráter compulsório, sendo regido pelos princípios da contributividade e solidariedade.

Aduz que a Lei 12.668/12 alterou dispositivos da Lei 10.887/04, incluindo o inc. X no art. 4º e excluindo, por conseguinte, a obrigatoriedade do recolhimento da contribuição previdenciária sobre o Terço de Férias.

Discorre acerca da legalidade de incidência de contribuições previdenciárias sobre o terço de férias no período anterior a 2010, aduzindo o respaldo legal que legitimou a atuação da autarquia, requerendo ainda o reconhecimento da sucumbência recíproca. Por fim,

pugna pelo provimento do apelo.

Contrarrazões, fls. 178/183, pela manutenção da sentença.

A Procuradoria de Justiça opinou pela rejeição da preliminar arguida e, no mérito, entendeu não ser o caso de intervenção ministerial, fls. 191/195.

É o relatório.

V O T O

**Dr. Marcos William de Oliveira – Juiz
convocado/Relator**

Da Preliminar de Ilegitimidade Passiva suscitada pelo Estado da Paraíba

Argumenta o Estado da Paraíba que a PBPREV – Paraíba Previdência é uma autarquia de direito público, constituída pelo Poder Público Estadual para a prestação de serviços públicos, sendo vinculada à Secretaria Estadual de Administração, conforme dispõe o art. 1º, da Lei 7.517/2003, dotada de autonomia administrativa, financeira e patrimonial, cuja função primordial consiste em gerir o sistema de Previdência Social dos Servidores do Estado da Paraíba, administrando e concedendo aposentadorias e pensões.

No entanto, impõe-se a rejeição desta preliminar, tendo em vista ser o Estado da Paraíba também responsável pelo recolhimento da contribuição previdenciária questionada e pelo respectivo repasse à PBPREV.

A referida matéria, inclusive, foi submetida ao Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 2000730-

32.2013.815.0000 nesta Corte de Justiça, julgado no último dia 19.05.2014, com aprovação das seguintes súmulas:

Súmula 48 – “O Estado da Paraíba e os Municípios, conforme o caso, e as autarquias responsáveis pelo gerenciamento do regime próprio de previdência, têm legitimidade passiva quanto à obrigação de restituição de contribuição previdenciária recolhida por servidor público ativo ou inativo e por pensionista.”

Súmula 49 - “O Estado da Paraíba e os Municípios, conforme o caso, têm legitimidade passiva exclusiva quanto à obrigação de não fazer de abstenção de futuros descontos de contribuição previdenciária do servidor em atividade..”

Assim, é deste ente estatal o eventual dever de fazer cessar a cobrança e, **de ambos, a obrigação de ressarcir os valores indevidamente recolhidos por ele e recebidos pela PBPREV e**, no caso dos autos, a condenação impôs aos promovidos apenas a obrigação de restituição dos valores indevidos.

Por tal razão, **rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva do Estado da Paraíba.**

Do mérito

Inicialmente, deixo consignado, que, em se tratando de duas apelações cíveis e remessa oficial, todas abordando temas correlacionados, examiná-las-ei simultaneamente, observando, todavia, suas singularidades.

Pois bem. Sobre o sistema de previdência dos servidores públicos, dispõe o artigo 40, § 3º, da Constituição Federal, com

a redação dada pela EC nº 41/03:

"Art. 40. (...)§ 3º. Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que trata o artigo 201, **na forma da lei.**"

O artigo 201 da Constituição Federal, que disciplina o regime geral de previdência social, institui, no § 11, que: "Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei."

Por sua vez, a Lei nº 10.887/2004, que dispõe sobre a aplicação das disposições da EC 41/03, aplicável aos servidores públicos estaduais, por força do disposto no art. 2º do Decreto 31.748/2010¹ (Regulamento Geral da PBPrev – Paraíba Previdência), assim prescreve em seus artigos 1º e 4º:

"Art. 1º No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

¹ Art. 2º A PBPREV - Paraíba Previdência reger-se-á pela Lei Federal nº. 9.717, de 27 de novembro de 1998, pela Lei Estadual que a criou e pelas Leis posteriores, e, ainda, pelo Regulamento Geral e Regulamentos que vierem a ser editados, e demais legislações e normas aplicáveis.

§1º As remunerações consideradas no cálculo do valor inicial dos proventos terão os seus valores atualizados mês a mês de acordo com a variação integral do índice fixado para a atualização dos salários-de-contribuição considerados no cálculo dos benefícios do regime geral de previdência social.

§ 2º A base de cálculo dos proventos será a remuneração do servidor no cargo efetivo nas competências a partir de julho de 1994 em que não tenha havido contribuição para regime próprio.
(...)”

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), incidentes sobre: [\(Redação dada pela Lei nº 12.618, de 2012\)](#)

I - a totalidade da base de contribuição, em se tratando de servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo e não tiver optado por aderir a ele; [\(Incluído pela Lei nº 12.618, de 2012\)](#)

II - a parcela da base de contribuição que não exceder ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, em se tratando de servidor: [\(Incluído pela Lei nº 12.618, de 2012\)](#)

a) que tiver ingressado no serviço público até a data a que se refere o inciso I e tenha optado por aderir ao regime de previdência complementar ali referido; ou [\(Incluído pela Lei nº 12.618, de 2012\)](#)

b) que tiver ingressado no serviço público a partir da data a que se refere o inciso I, independentemente de adesão ao regime de previdência complementar ali referido. [\(Incluído pela Lei nº 12.618, de 2012\)](#)

§ 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; ([Redação dada pela Lei nº 12.688, de 2012](#))

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](#); ([Redação dada pela Lei nº 12.688, de 2012](#))

X - o adicional de férias; ([Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012](#))

XI - o adicional noturno; ([Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012](#))

XII - o adicional por serviço extraordinário; ([Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012](#))

XIII - a parcela paga a título de assistência à saúde suplementar; ([Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012](#))

XIV - a parcela paga a título de assistência pré-escolar; ([Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012](#))

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; ([Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012](#))

XVI - o auxílio-moradia; ([Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012](#))

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; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)

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; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)

XIX - a Gratificação de Raio X. (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)

§ 2º O servidor ocupante de cargo efetivo poderá optar pela inclusão, na base de cálculo da contribuição, de parcelas remuneratórias percebidas em decorrência de local de trabalho e do exercício de cargo em comissão ou de função comissionada ou gratificada, de Gratificação de Raio X e daquelas recebidas a título de adicional noturno ou de adicional por serviço extraordinário, para efeito de cálculo do benefício a ser concedido com fundamento no art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, respeitada, em qualquer hipótese, a limitação estabelecida no § 2º do art. 40 da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 12.688, de 2012)

Portanto, excluídas as verbas explicitadas no art. 4º, § 1º, da Lei nº 10.887/2004, as demais comporão a base para as contribuições previdenciárias do servidor, entrando no cálculo dos proventos de aposentadoria, a serem formulados considerando a média aritmética simples das maiores remunerações, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência de julho 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquele marco.

E não se diga ser o epigrafado rol meramente exemplificativo, na medida em que se cuidando de contribuição previdenciária, de indiscutível natureza tributária, qualquer desoneração

demanda norma explícita e específica, vedada interpretação extensiva, consoante proclama a jurisprudência, *v.g.*:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO
PREVIDENCIÁRIA - BASE DE CÁLCULO -
DEDUÇÃO - ARTS. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA
LEI 9.783/99 E 4º, § 1º, DA LEI 10.887/2004 - ROL
TAXATIVO - IMPOSSIBILIDADE DE
INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.

1. As desonerações tributárias demandam norma explícita e específica, sendo vedada a interpretação extensiva de rol taxativo. Precedentes do STJ.

2. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

3. Somente se excluem da base de cálculo da contribuição previdenciária de servidor público as verbas expressamente excluídas pelo parágrafo único do art. 1º da Lei 9.783/99 e art. 4º, § 1º, da Lei 10.887/2004.

4. Recurso especial do particular não provido.

5. Recursos especiais da Fazenda Pública providos. **(REsp 921873/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 23/11/2009)**

Resumindo, os valores descontados a título de contribuição previdenciária sobre as verbas não excluídas legalmente de sua base de cálculo, serão computados quando do cálculo dos proventos do servidor.

Tanto é assim que, acaso deseje elevar o valor dos proventos, respeitados o limites legais, o servidor poderá até solicitar a inclusão, na base de cálculo da contribuição, de parcelas remuneratórias percebidas em decorrência de local de trabalho e do exercício de cargo em comissão ou de função comissionada ou gratificada, de Gratificação de Raio X e daquelas recebidas a título de adicional noturno ou de

adicional por serviço extraordinário, para efeito de cálculo do benefício (art. 4º, § 2º, da Lei nº 10.887/2004, com a redação dada pela Lei nº 12.688/2012).

Feita esta breve introdução e considerando que a sentença somente foi desfavorável aos apelantes no tocante ao **terço constitucional de férias, diárias, adicional por prestação de serviço extraordinário, adicional noturno, conversão de licença prêmio em pecúnia, gratificação de insalubridade e auxílio alimentação**, a análise se deterá a estas verbas, inclusive, no tocante ao reexame necessário.

Terço de férias

Encontrando-se o terço de férias excluído da base de contribuição, consoante o art. 4º, § 1º, inciso X, da Lei Federal nº 10.887/2004, e art. 13, § 3º, inciso IX, da Lei Estadual nº 7.517/2003, com a redação dada pela Lei nº 9.939/2012, **não deve incidir desconto previdenciário sobre seu valor**, havendo a sentença, acertadamente, reconhecida a ilegalidade dos descontos sobre seu montante:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGADA VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXIGIBILIDADE.1. Em se tratando de ação rescisória fundada em violação a preceito constitucional, é inaplicável a súmula 343/STF (EResp 687903, CE, Ministro Ari Pargendler, DJ de 19/11/09).2. Não há impedimento constitucional ou legal a que o STJ invoque a Constituição para decidir recursos especiais. No âmbito desses recursos, o que não cabe é a invocação de matéria constitucional como fundamento para recorrer, mas não para contra-arrazoar ou para decidir.3. **A partir do julgamento da Pet 7296 (Min. Eliana Calmon, DJ de 28/10/09), a 1ª Seção adotou o**

entendimento de que é ilegítima a exigência de contribuição previdenciária sobre a parcela de 1/3 acrescida à remuneração do servidor público por ocasião do gozo de férias.4. Ação rescisória improcedente.(AR 3.974/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2010, DJe 18/06/2010)

No caso dos militares estaduais da Paraíba, cujos proventos de aposentadoria ou reserva não são fixados pela média das contribuições, percebendo eles proventos integrais aos da ativa, evidencia-se ainda mais a não incidência de contribuição previdenciária sobre o terço de férias.

Não bastasse isso, o parágrafo único do art. 5.º da Lei nº 5.701/93, dispõe expressamente que “o adicional de férias não se incorpora à remuneração do servidor militar estadual, quando de sua passagem à inatividade”, impondo-se a manutenção da sentença neste aspecto, observando-se o contido no ofício de fl. 98.

Adicional por Serviço Extraordinário e Auxílio Alimentação

Apresentando-se o **adicional por prestação de serviço extraordinário**, prevista no art. 57, inciso XII da LCE 58/2003, excluída da base de contribuição, consoante o art. 4º, § 1º, inciso XII, da Lei Federal nº 10.887/2004, sobre seu valor também não deve incidir descontos previdenciários, salvo na caso de opção realizada pelo servidor.

De igual modo, considerando que o **auxílio alimentação** não se incorpora à remuneração para nenhum efeito, também **não deve haver desconto previdenciário** sobre esta verba, conforme dispõe o inc. V do §1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004, impondo-se a manutenção da sentença quanto a esta verba.

Gratificação de Insalubridade

A gratificação de insalubridade PM, regulada pelos arts. 71 e 74 da LC 58/2003 não constitui base de contribuição previdenciária, pois é uma gratificação transitória, concedida em razão do local de trabalho, excepcionando seu cômputo para o desconto previdenciário, em conformidade com o inc. VII do §1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004, não havendo que incidir contribuição previdenciária sobre ela.

Nesse sentido, vejamos recente julgado desta Corte:

REMESSA NECESSÁRIA. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C/C RESTITUIÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE GRATIFICAÇÕES TRANSITÓRIAS. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ESTADO DA PARAÍBA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. REMESSA EX OFFICIO. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. PREJUDICADO. PROIBIÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. PLANTÃO EXTRA PM-MP 155/10. GRATIFICAÇÕES ART. 57, VII, L 58/03. POG PM, EXT. PRES, OP VTR, GPR. PM E PM VAR. GRATIFICAÇÃO DE INSALUBRIDADE. ETAPA ALIMENTAÇÃO PESSOAL DESTACADO. GRATIFICAÇÃO ESPECIAL OPERACIONAL. GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADES ESPECIAIS TEMP. PARCELAS DE NATUREZA PROPTER LABOREM. NÃO INCIDÊNCIA DE DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. APLICAÇÃO A TAXA SELIC ATÉ A DATA DA VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL Nº 11.960/09, A PARTIR DE ENTÃO, A TAXA APLICÁVEL À CADERNETA DE POUPANÇA.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL. Nos termos da Lei estadual n.º 5.701/93 em combinação com a Lei complementar n.º 59/03, ambas do estado da Paraíba, não deve incidir contribuição previdenciária sobre as remunerações dos militares deste estado em relação às gratificações referentes ao art. 57, VII da LC n.º 58/03, ext. Pres. , pog. PM, op. Vtr, gpr PM e PM. Var. **A gratificação de insalubridade é de caráter transitório, regulada pelos arts. 71 a 74 da LC n.º 58/03, e não incorporável aos proventos de inatividade.** A etapa alimentação pessoal destacado não se incorpora à remuneração para nenhum efeito, e sobre ela não incidirá qualquer vantagem pecuniária nem desconto, exceto imposto de renda. Plantão extra pm-mp 155/10 possui natureza *propter laborem*, não sendo possível, portanto, a incidência na base de cálculo da contribuição previdenciária. As gratificações de atividades especiais, prevista no art. 67 da LC 58/2003, gratific. Especial operacional e grat. Ativ. Especiais. Temp, são relacionadas a funções gratificadas, conforme o inciso VIII do § 1º, art. 4º da Lei n. 10.887/2004, não devem incidir descontos previdenciários. 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, primeira turma, relator ministro ricardo lewandowski, julgado em 26/05/2009, publicado no dje-113, divulg, 18/06/2009, public, 19/06/2009). A correção deve incidir a partir das datas dos descontos, e os juros do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e Súmula nº 188 do STJ, sendo observada a taxa selic até a data da vigência da Lei federal n.º 11.960, de 29/06/2009, que alterou o art. 1ºf da Lei n.º 9.494/97, observando-se, a partir daí, a taxa aplicável à caderneta de poupança, consoante aquele dispositivo legal. (TJPB; RNec 200.2011.046172-6/001; Quarta Câmara Especializada Cível; Rel. Juiz Conv.

Wolfram da Cunha Ramos; DJPB 18/02/2013; Pág. 11)

Desse modo, **deve ser mantida a sentença no tocante ao adicional de insalubridade.**

Por outro lado, o Apelado conseguiu o acolhimento do pedido em relação às verbas intituladas **diárias, adicional noturno e conversão de licença prêmio em pecúnia.**

Ocorre que, compulsando as fichas financeiras encartadas (fls. 51/58 e fls. 14/19) observo que a parte não conseguiu comprovar a presença das referidas verbas no conjunto de sua remuneração.

Dessa forma, resta evidente que não houve desconto previdenciário a ser restituído, devendo a sentença ser reformada nesse ponto, visto não ter havido o cumprimento do ônus processual insculpido no inc. I do art. 333 do CPC:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

Nesse sentido os precedentes desta Corte:

Na distribuição do ônus da prova, dispõe o art. 333, inciso I, do código de processo civil, que o incumbe ao autor comprovar o fato constitutivo do seu direito. (TJPB; APL 0004546-n 10.2013.815.0371; Segunda Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Miguel de Britto Lyra Filho; DJPB 27/10/2015; Pág. 14).

É obrigação da demandante provar os fatos constitutivos do seu direito, na forma consagrada pelo art. 333, I, do código de processo civil e se a conjunto probatório não demonstra, de forma convincente, as alegações narradas na exordial não deve ser acolhida a pretensão ali exposta. (TJPB; APL

0001143-48.2012.815.0151; Quarta Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho; DJPB 26/10/2015; Pág.11).

Sendo assim, impõe-se o decote da sentença com relação às **diárias, adicional noturno e conversão de licença prêmio em pecúnia.**

Por fim e sem delongas, no que se refere a sucumbência, *in casu*, como o Autor decaiu apenas de parte mínima do pedido, deve o promovido suportar a integralidade do ônus sucumbencial.

CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA

De início penso ser relevante reforçar a natureza tributária das contribuições previdenciárias perseguidas pelo autor, tal como prevê o art. 149, parágrafo único, da Constituição Federal:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.”

Neste cenário, importa ressaltar a necessidade de que a restituição dos valores pagos indevidamente obedeçam ao disposto no art. 167, parágrafo único, do Código Tributário Nacional:

“Art. 167. A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição.

Parágrafo único. A restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar.”

Logo, o marco inicial dos juros é o trânsito em julgado da decisão que determinar a devolução, consoante, inclusive, atesta a Súmula 188 do Superior Tribunal de Justiça, bem lembrada pela sentença:

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

Ainda acerca da matéria, colaciono os seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. DELEGADO DE POLÍCIA. SUBSTITUIÇÃO TEMPORÁRIA DE GRAU HIERÁRQUICO SUPERIOR. GRATIFICAÇÃO NATALINA. REMUNERAÇÃO INTEGRAL DO CARGO SUBSTITUÍDO, DEVIDA NO MÊS DE DEZEMBRO. HONORÁRIOS. **REPETIÇÃO DE INDÉBITO**. JUROS. HONORÁRIOS. A gratificação paga pela substituição integra a base de cálculo do valor da gratificação natalina, pois inserida no conceito de remuneração. Aplicação do art. 104 da LE

nº 10.098/94, quando determina que a gratificação natalina corresponderá à remuneração integral devida ao servidor no mês de dezembro. A restituição dos valores descontados pelo IPERGS, a título de contribuição previdenciária (11%), deve ser limitada a 30.06.2006. **Os juros moratórios incidem, a partir do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súmula 188 do STJ.** Honorários advocatícios redimensionados para 5% sobre o valor da condenação. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (AC Nº 70036871937, Quarta Câmara Cível, TJRS, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, Julgado em 13/06/2012).

"Nos termos do art. 167, parágrafo único do CTN e da Súmula 188/STJ, 'Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença'. Tal regime é aplicável à repetição de indébito de contribuições previdenciárias, que também têm natureza tributária." (REsp 1086935/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 24.11.2008, sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08)" (STJ - REsp 1089241/MG - Rel. Min. Mauro Campbell Marques – T2 – DJe 08/02/2011)

Quanto ao índice de juros moratórios aplicável ao caso em disceptação, entendo por fixá-lo em 1% ao mês, com base no art. 161, § 1º, do CTN, na medida em que, cuidando-se de repetição do indébito previdenciário, de indisfarçável natureza tributária, inaplicável é o art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, inclusive com a nova redação dada pela **Lei Ordinária** nº 11.960/2009, posto que em tais casos dever prevalecer o regramento próprio, fixado pelo Código Tributário Nacional (arts. 161, § 1º e 167), somente passível de alteração através de **Lei Complementar**,

após o advento da Constituição de 1988.

Ou seja, independente da nova redação do art. 1-F, da Lei nº 9.494/97 não mais conter qualquer limitação temática (*“Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza ...”*), sendo o Código Tributário Nacional legislação formalmente mais rígida, afastada fica a aplicação de qualquer lei ordinária com ele conflitante (Princípio da superioridade legislativa, em resguardo ao conflito real de normas).

Sobre o tema, percucientes são os seguintes julgados:

“DECISÃO MONOCRÁTICA. APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DESCONTO SOBRE O TERÇO DE FÉRIAS. JUROS. CORREÇÃO MONETÁRIA. -Os juros legais deverão incidir no percentual de 12% ao ano, conforme artigos 406 do Código Civil e 161, §1º, do Código Tributário Nacional, a contar do trânsito em julgado da sentença, de acordo com o artigo 167, parágrafo único, do CTN. -Tratando-se de ação de repetição de indébito previdenciário, de natureza tributária, não tem aplicação o disposto na Lei 11.960/2009 e sim o Código Tributário Nacional. (...). (Apelação Cível Nº 70048270219, Vigésima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leila Vani Pandolfo Machado, Julgado em 30/08/2012)

APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO -CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. JUROS DE MORA. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. Sobre o valor da condenação à repetição de indébito tributário incidem

juros de mora na forma do art. 161, § 1º do CTN (...) “ (TJMG; APCV 1.0647.12.012473-8/001; Rel. Des. Peixoto Henriques; Julg. 07/10/2014; DJEMG 10/10/2014)

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 11.960/09. APLICAÇÃO DO ART. 161, §1º, DO CTN. LEI 11.960/09 QUE POSSUI NATUREZA DE LEI ORDINÁRIA, ENQUANTO QUE O CTN POSSUI CARÁTER DE LEI COMPLEMENTAR. RECURSO NÃO PROVIDO.” (TJPR – AC nº855866-1 – 3ª Câmara Cível – Relator Des. Paulo Habith – Julgado 10/02/2012)

Desse modo, devem os juros moratórios incidir a partir do trânsito em julgado na base de 1% ao mês, salvo se o Estado da Paraíba tiver lançado mão da reserva de competência para fixar percentual diverso a cobrar dos contribuintes quando ocorre atraso no pagamento dos tributos.

Quanto à correção monetária, esta deve incorrer a partir dos recolhimentos (súmula 162 do STJ - “*Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido*”), **em percentual equivalente ao que incide sobre débitos tributários estaduais pagos com atraso.**

A jurisprudência do STJ, ainda, considera que a correção monetária e os juros de mora, como consequências legais da condenação principal, possuem natureza de ordem pública e podem ser analisados até mesmo de ofício, bastando que a matéria tenha sido debatida na corte de origem. Por isso, não ocorre reforma para pior.

“(…) Inexiste *reformatio in pejus* quando o Tribunal

altera tão somente os consectários legais, por integrarem o pedido de forma implícita, justamente por serem matéria de ordem pública, cognoscível de ofício. Precedentes do STJ. 5. Agravo Regimental não provido.” (AgRg no REsp 1453557/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 13/10/2014)

Diante de tais considerações, **DOU PROVIMENTO PARCIAL AO REEXAME NECESSÁRIO E AOS RECURSOS APELATÓRIOS para excluir da condenação as obrigações referentes às diárias, adicional noturno e conversão de licença prêmio em pecúnia, bem assim determinar os termos iniciais e os índices da correção monetária e dos juros de mora, mantendo os demais termos da sentença.**

É como voto.

Presidiu o julgamento, realizado na Sessão Ordinária desta Terceira Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, no dia 28 de junho de 2016, conforme certidão de julgamento de f. 266, o Exmo. Des. José Aurélio da Cruz, dele participando, além deste Relator, Exma. Des. Maria das Graças Moraes Guedes, o Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos. Presente à sessão, o Exmo. Sr. Dr. Alcides Orlando de Moura Jansen, Procurador de Justiça.

Gabinete no TJ/PB, em João Pessoa-PB, 01 de julho de 2016.

Dr. Marcos William de Oliveira
Juiz convocado/Relator