

Apelação Cível nº. 0088038-88.2012.815.2001



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador
Marcos Cavalcanti de Albuquerque

Decisão Monocrática

Apelação Cível nº. 0088038-88.2012.815.2001

Relator: Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque

Apelante: Orfélia Maria de Araújo Ricarte e Outros – Adv.: Ana Cristina Henrique de Sousa e Silva (OAB/PB nº15.729).

Apelada: PBPREV – Paraíba Previdência – Adv.: Jovelino Carolino Delgado Neto (OAB/PB nº 11.589)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS SOBRE TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. PARCELA INDENIZATÓRIA. NÃO INCORPORAÇÃO AO SALÁRIO. CARÁTER NÃO HABITUAL DE TAL VERBA. TERMO INICIAL E DO ÍNDICE DOS JUROS MORATÓRIOS E DA CORREÇÃO MONETÁRIA. ART. 557, §1º A, DO CPC/73 **PROVIMENTO DA APELAÇÃO.**

- A garantia dada, pela Constituição Federal, ao trabalhador, extensível ao servidor público, de usufruir o terço constitucional de férias, não tem natureza jurídica salarial, mas sim compensatória por proporcionar um reforço financeiro após um ano de serviço. Assim, não poderia haver descontos previdenciários incidentes sobre o terço constitucional de férias. Precedente do Supremo Tribunal Federal nesse sentido.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por **Orfélia Maria de Araújo Ricarte e Outros**, hostilizando a sentença do Juízo de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, que nos autos da Ação de Repetição de Indébito movida conta a **PBPREV – Paraíba Previdência**, extinguiu o feito, sem resolução do mérito, por carência de ação (fls. 204/204-v), por entender que não havia descontos desde o ano de 2006.

Nas razões recursais (fls. 206/214), os promoventes alegaram que a sentença vergastada deverá ser reformada, tendo em vista que houve descontos nos seus contracheques desde o ano de 2006 e não como fora entendido pelo magistrado “a quo”.

Argumentaram que é devida a restituição dos valores descontados indevidamente em seus contracheques, tendo em vista às normas legais, bem como entendimento do STF.

Ao final, pugnaram pelo provimento do recurso.

Contrarrazões às fls. 222/227.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça não vislumbrou hipótese para sua manifestação (fls. 234/235-v)

É o relatório.

DECIDO.

Inicialmente, destaco que os requisitos de admissibilidade deste recurso obedecerão às regras e entendimentos jurisprudenciais do Código de Processo Civil de 1973, porquanto as irresignações foram interpostas em face de sentença publicada antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil.

Vejamos o que dispõe o Enunciado Administrativo nº

02, do Superior Tribunal de Justiça:

"Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça."

Nesse caso, os recursos interpostos sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 submetem-se às suas regras, como é a presente hipótese. Ou seja, tanto a sentença fora proferida, bem como a interposição da apelação se deram quando ainda se encontrava em vigor o CPC/73 e, portanto, à sua luz deve ser analisado.

O cerne da questão consiste na sentença do magistrado "a quo" que extinguiu o feito, sem resolução do mérito, por carência de ação (fls. 204/204-v), por entender que não havia descontos desde o ano de 2006.

Todavia, ao compulsar os autos, é de se verificar que, de fato, foram realizados descontos previdenciários sobre o terço de férias dos autores, desde o ano de 2006.

Assim, a sentença deve ser anulada e, por consequência, ser a matéria julgada nesta Instância, haja vista se tratar de causa madura para julgamento, nos termos do § 3º, art. 515 do CPC/73.

Desse modo, passa a análise do mérito.

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."

No que diz respeito ao cálculo da contribuição previdenciária ora debatida, o artigo 201 da Constituição Federal, em seu §11, estabelece de forma clara:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...]

§11. 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, considerando a inexistência de Lei Estadual específica até novembro de 2012, disciplinando as contribuições previdenciárias dos servidores estaduais, só nos resta consultar o art. 4º, da Lei 10.887/2004, que dispõe sobre o cálculo dos proventos dos funcionários de qualquer dos Poderes da República.

Assim prevê o dispositivo ora mencionado:

"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;

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."

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, como prescreve o art. 1º da Lei nº 10.887/2004:

"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.

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 jurisprudência:

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)

Nessa linha de raciocínio, 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.

Seguindo a mesma trilha, a Lei Estadual n. 9.939/2012, que alterou a Lei nº 7.517/2003, em seu art. 13, §3º, definiu a base de contribuição previdenciária ao passo que excluiu os seguintes benefícios:

Art. 13. (...)

§ 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 - as 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 percebida 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 § 2º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003;

IX - o adicional de férias;

X - o adicional noturno;

XI - o adicional por serviço extraordinário;

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

XIII - a parcela paga a título de assistência pré-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. (Grifo nosso)

Quanto à incidência sobre o terço constitucional de férias, entendo que não se trata de verbas de natureza salarial, mas sim indenizatória, que tem o fim de proporcionar um reforço financeiro para que o servidor possa utilizar em seu lazer, após um ano de trabalho.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de ser indevida a incidência de contribuição previdenciária sobre o terço de férias, uma vez que tais parcelas não são incorporadas à remuneração do servidor e possui natureza indenizatória.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE O TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE. Somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, AI-AgR 603537/DF, Relator(a): Min. EROS GRAU. Julgamento: 27/02/2007. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 30-03-2007 PP-00092). AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE AS HORAS EXTRAS E O TERÇO DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. Esta Corte fixou entendimento no sentido que somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária. Agravo Regimental a que se nega provimento. (STF, AI 727958 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 16/12/2008, DJe-038 DIVULG 26-02-2009 PUBLIC 27-02-2009)

No mesmo sentido, assentiu o STJ:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. NÃO INCIDÊNCIA. ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. 1. A Primeira Seção, ao apreciar a Petição 7.296/PE (Rel. Min. Eliana Calmon), acolheu o Incidente de Uniformização de Jurisprudência para

afastar a cobrança de Contribuição Previdenciária sobre o terço constitucional de férias.(...) 3. Agravo Regimental não provido (STJ, AgRg no Ag 1358108/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 11/02/2011)

Nessa linha, 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 dado pela Lei nº 9.939/2012, não deve incidir desconto previdenciário sobre seu valor.

Juros e Correção Monetária

Quanto aos juros e a correção monetária, tendo em vista que o presente processo versa sobre devolução de contribuição previdenciária, tratando-se de restituição de tributo recolhido indevidamente, vislumbro que deve incidir o regramento disposto no Código Tributário Nacional, ou seja, juros de mora no percentual de 1% (um por cento) ao mês.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RESTITUIÇÃO DE VALORES COBRADOS INDEVIDAMENTE A TÍTULO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI 11.960/2009. PENDÊNCIA DE ANÁLISE DE PEDIDOS DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS NA ADI 4.357/DF. SOBRESTAMENTO APENAS DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS PORVENTURA INTERPOSTOS. JUROS MORATÓRIOS EM CONDENAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. LEI 11.960/2009. NORMA DE CARÁTER PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO. PRECEDENTES: RESP. 1.270.439/PR,

REL. MIN. CASTRO MEIRA, DJE 2.8.2011 E STF-AI 842.63/RS, REPERCUSSÃO GERAL, REL. MIN. CEZAR PELUSO, DJE 2.9.2011. DÍVIDA DE NATUREZA TRIBUTÁRIA. PREVALÊNCIA DE REGRAS ESPECÍFICAS. QUESTÃO DECIDIDA EM RE. DESNECESSIDADE DE AGUARDAR O JULGAMENTO DO RESP. 1.351.329/MG, UMA VEZ QUE O RECURSO ESPECIAL DO IPSM E DO ESTADO APENAS ABORDA A QUESTÃO DOS JUROS E DA CORREÇÃO MONETÁRIA, NÃO DISCUTINDO O TEMA REFERENTE À POSSIBILIDADE OU NÃO DA REPETIÇÃO DO INDÉBITO NO CASO DE OS SERVIÇOS TEREM SIDO UTILIZADOS PELOS SERVIDORES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.1. O STJ orienta-se no sentido de que, para fins de aplicação do art. 543-C do CPC, é desnecessário que o Recurso Especial representativo de matéria repetitiva tenha transitado em julgado. (...) 6. No caso em apreço, como a matéria aqui tratada se refere aos juros de mora relativos à restituição de indébito decorrente de Contribuição Previdenciária, a qual ostenta natureza tributária, os juros são devidos à razão de 1% ao mês, segundo o art. 161, § 1o. do CTN, não se aplicando o art. 1o.-F da Lei 9.494/1997, acrescentado pela MP 2.180- 35/2001.7. Tal entendimento ficou consolidado pela Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.111.189/SP, Relator Min. TEORI ALBINO ZAVASCK, DJe de 26.5.2009, julgado sob o rito dos recursos repetitivos nos termos do art. 543-C do CPC.8. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 1432087/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 07/04/2014)

Portanto, sendo a matéria aqui tratada referente aos juros de mora relativos à repetição de indébito decorrente de Contribuição Previdenciária, a qual ostenta natureza tributária, deverá incidir à razão de 1% (um por cento) ao mês, segundo o art. 161, § 1º. do CTN, não se

aplicando o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, acrescentado pela MP 2.180-35/2001.

Quanto ao termo a quo para a incidência dos juros de mora, deve ocorrer a partir do trânsito em julgado da sentença, nos termos da súmula 188 do STJ.

No que tange à correção monetária, infere-se que, tendo em vista se tratar de restituição de verba previdenciária de natureza tributária, deverá ser aplicada a legislação específica (art. 2º da Lei Estadual nº 9.242/2010), que estipula o INPC como índice utilizado sobre débitos estaduais pagos com atraso, incidindo a partir de cada desconto indevido, consoante a Súmula nº 162 do Superior Tribunal de Justiça.

Corroborando o entendimento, apresento o recentíssimo julgado:

"(...) REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER, REPETIÇÃO DE INDÉBITO E TUTELA ANTECIPADA. DEVOLUÇÃO DOS DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS INCIDENTES SOBRE VERBAS NÃO INCORPORÁVEIS NA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. NATUREZA TRIBUTÁRIA. REFORMA DA SENTENÇA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. INOCORRÊNCIA. PROVIMENTO PARCIAL DA REMESSA NECESSÁRIA E DOS APELOS. (...) No que diz respeito aos juros de mora e à correção monetária, tratando-se de repetição de indébito tributário, o STJ firmou entendimento de que não se aplica o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, tendo em vista a natureza tributária das contribuições. Assim, os juros de mora deverão ser contados a partir do trânsito em julgado, na razão de 1% (um por cento) ao mês. Quanto à correção monetária, o índice deverá ser aquele utilizado sobre débitos tributários estaduais pagos com atraso, incidindo a partir do pagamento indevido, nos termos da Súmula nº 162 do STJ." (TJPB; Ap-RN 0066623-

49.2012.815.2001; Primeira Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Leandro dos Santos; DJPB 24/10/2016; Pág. 8).

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º "A" do CPC/73, **DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO**, para julgar procedente o pedido, determinando a suspensão dos descontos previdenciários incidentes sobre o terço de férias e condenando a PBPREV a restituir as quantias indevidamente descontadas sobre tais valores, devidamente atualizadas, observando a prescrição quinquenal, bem como em honorários advocatícios no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

João Pessoa, 05 de outubro de 2017.

Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque
R e l a t o r