



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

Acórd

Apelação Cível e Remessa Oficial nº. 0066636-48.2012.815.2001

Relator: Ricardo Vital de Almeida – Juiz Convocado

Apelante: Estado da Paraíba, representado por seu Procurador Tadeu Alemida Guedes (OAB/PB 19310-A)

Apelado: José Jair Gomes – Adv. Hélio Eduardo Silva Maia (OAB/PB 13.754).

Apelado: PBPREV – Paraíba Previdência – Adv. Daniel Sebadelhe Aranha (OAB/PB 12.366).

Remetente: Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Capital.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OFICIAL. AÇÃO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C TUTELA ANTECIPATÓRIA DE MÉRITO E LIMINAR. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEIÇÃO. MÉRITO DO RECURSO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE GRATIFICAÇÕES DIVERSAS. GANHOS HABITUAIS. LEGALIDADE. ADICIONAL DE FÉRIAS E VERBAS DE NATUREZA INDENIZATÓRIA. DESCONTO INDEVIDO. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO E DA REMESSA.

- Súmula n.º 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.

- É devida a incidência de contribuição previdenciária sobre gratificações que não se incorporam aos proventos da aposentadoria, se forem consideradas como ganhos habituais.

- A jurisprudência dos tribunais superiores tem assentado o entendimento de que não é possível desconto previdenciário sobre o terço constitucional de férias, por se tratar de verba de natureza indenizatória.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos acima identificados.

Acordam os desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em rejeitar a preliminar e, no mérito, por igual votação, dar provimento parcial ao apelo e à remessa.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível e Remessa Oficial oriunda da sentença de fls. 61/66, através da qual o Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, julgou parcialmente procedente a Ação Cominatória de Obrigação de Não Fazer c/c Repetição de Indébito c/c Tutela Antecipatória de Mérito e Liminar, declarando indevida a incidência de contribuição previdenciária sobre o terço de férias, hora extra, plantão extra GPC MP 148/10, gratificação L. 5885/2008 (GOE/GTE), auxílio alimentação, gratificações art. 57 L. 58/03 (Extr. Goc, Temp.). Determinou, ainda, a restituição das quantias indevidamente descontadas, correspondentes aos descontos previdenciários, no período não prescrito, com correção e juros na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Condenou ainda os promovidos ao pagamento de honorários sucumbenciais, fixados em 15% (quinze por cento) do valor do crédito apurado.

Nas razões recursais (86/95), o Estado da Paraíba

alega preliminarmente sua ilegitimidade passiva, e no mérito, aduz que os descontos previdenciários incidentes sobre todas as parcelas percebidas pelo autor encontram respaldo legal, razão pela qual não há que se falar em suspensão dos descontos e nem restituição dos valores descontados. Discorre acerca da aplicação do princípio da solidariedade e do caráter contributivo da previdência social. Ao final, pugna pelo provimento do apelo e reforma da sentença.

Não foram apresentadas contrarrazões, conforme certidão de fls. 99.

A Procuradoria de Justiça emitiu parecer opinando pelo prosseguimento do processo, sem manifestação de mérito (fls. 102/107).

É o relatório.

V O T O

Inicialmente, destaco que os requisitos de admissibilidade deste recurso obedecerão às regras e entendimentos jurisprudenciais do Código de Processo Civil de 1973, porquanto a irresignação foi interposta 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."

Fixada tal premissa, passemos a análise relativa à admissibilidade recursal.

Assim, presentes os requisitos de admissibilidade de acordo com os termos dispostos no Código de Processo Civil de 1973, conheço do apelo, passando à análise de seus argumentos.

PRELIMINAR

1) Da Ilegitimidade Passiva do Estado da Paraíba

Em sede de preliminar fora arguída pelo Estado da Paraíba, a carência de ação por sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da presente demanda. Verifica-se que esta preliminar não merece prosperar.

Sobre o tema, foi instaurado Incidente de Uniformização de Jurisprudência, visando unificar o entendimento das Câmaras Especializadas desta Corte acerca da legitimidade dos órgãos previdenciários e dos Entes Federados quanto às obrigações de restituição de descontos previdenciários e de suspensão de descontos nos contracheques dos contribuintes.

Visando disciplinar a matéria, o TJPB editou o Enunciado nº 48 e 49, in verbis:

“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 nº 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”.

Portanto, ao que se verificar de uma simples leitura dos Enunciados, tem-se que o Estado da Paraíba é parte legítima para figurar no polo passivo de demandas que visam à restituição de contribuição previdenciária recolhida por servidor público, seja ele ativo, inativo ou pensionista.

Isto posto, **REJEITO a preliminar de ilegitimidade do Estado da Paraíba.**

Mérito

A Apelação Cível e a Remessa Oficial julgarei em conjunto.

Discute o apelante a respeito da possibilidade, ou não, de descontos previdenciários sobre as seguintes verbas: terço constitucional de férias, hora extra, plantão extra GPC MP 148/10, gratificação L. 5885/2008 (GOE/GTE), auxílio-alimentação e gratificação art. 57, LC 58/03 (Extr. Goc, Temp.).

A Lei nº 10.887/04, que dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional nº 41/03, e altera dispositivos das Leis nºs 9.717/98, 8.213/91, 9.532/97, e dá outras providências, também se aplica 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.

Sob essa ótica, resta indiscutível que não é devida a

incidência da contribuição previdenciária sobre auxílio alimentação, o qual está sendo discutido no presente caso.

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, é indevida a incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias.

Quanto às demais verbas, hora extra, plantão extra GPC MP 148/10, gratificação L. 5885/2008 (GOE/GTE) e gratificação art. 57, LC 58/03 (Extr. Goc, Temp.), há de se perquirir a respeito da incidência da contribuição previdenciária.

Conforme se infere dos documentos do Autor/Recorrente (fls. 20/27), percebe-se que tais verbas têm caráter habitual, incorporando à remuneração, visto que são pagos continuamente, assim, entendo que tais verbas não podem deixar de sofrer a incidência da contribuição previdenciária, tendo em vista que possuem caráter remuneratório, nem há previsão legal e jurisprudencial quanto a existência de isenção sobre elas.

De acordo com o Art. 1º da Lei nº 10.887/2004, o cálculo dos proventos de aposentadoria deve ser feito com base nos seguintes critérios:

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.

Desta forma, há que se perquirir quais seriam as parcelas remuneratórias idôneas a sofrer a incidência de contribuição previdenciária. Ao tratar do tema, a Constituição do Estado da Paraíba, em seu art. 203, dispõe que:

"Art. 203. Além do disposto no art. 34, o regime de previdência dos servidores públicos do Estado observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social."

No tocante ao regime geral de previdência social, disciplinado no art. 201 da Constituição Federal, há expressa previsão de que serão incorporados ao salário, para efeito de contribuição previdenciária, os **ganhos habituais** do empregado, como reza o §11 do referido dispositivo constitucional, que passamos a transcrever:

§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.

Desta forma, a gratificação de natureza do trabalho e serviços extraordinários são computados para fins previdenciários, na medida em que consistem em ganhos habituais sobre as quais repercutirão os cálculos da média aritmética das maiores remunerações, como determina o Art. 1º da Lei 10.887/2004.

Portanto, a Sentença deve ser reformada nesse ponto, devendo a repetição de indébito abranger apenas os descontos sobre o terço constitucional de férias e o auxílio-alimentação.

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, **REJEITO A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E DOU PROVIMENTO PARCIAL A APELAÇÃO CÍVEL E A REMESSA OFICIAL**, para reformar a sentença declarando legal a incidência da contribuição previdenciária sobre os ganhos habituais e ilegal em relação terço constitucional de férias e o auxílio-alimentação, bem como para determinar que os juros moratórios sejam fixados em 1% a partir do trânsito em julgado da sentença, consoante entendimento pacificado pelo STJ em sua Súmula 188, e a correção monetária pelo INPC, com incidência a partir do pagamento indevido, conforme disciplina a Súmula 162 do STJ, mantendo a decisão em relação à sucumbência.

É como voto.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Senhor Desembargador Saulo Henriques de Sá e Benevides. Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Saulo Henriques de Sá e Benevides, Maria das Graças Morais Guedes e Ricardo Vital de Almeida (Juiz convocado para substituir o Excelentíssimo Senhor Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque) – Relator.

Presente ao julgamento o Excelentíssimo Senhor Doutor Rodrigo Marques da Nóbrega, Promotor de Justiça convocado.

Sala de sessões da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 17 de abril de 2018.

Dr. Ricardo Vital de Almeida
Juiz Convocado