



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA
GABINETE DO DESEMBARGADOR JOÃO ALVES DA SILVA

ACÓRDÃO

APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL Nº 0026397-36.2011.815.2001

RELATOR : Desembargador João Alves da Silva

REMENTENTE : 3ª Vara da Fazenda Pública da Capital

APELANTE : PBPREV – Paraíba Previdência

(Adv. Jovelino Carolino Delgado Neto – OAB-PB 17.281)

APELADO : Waldir Pereira da Silva

(Adv. Alan Rossi do Nascimento Maia – OAB/PB 15.153)

APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. SUPOSTA INFRAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. REJEIÇÃO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOMENTE SOBRE AS VERBAS COM CARÁTER DEFINITIVO. PARCELAS DE CARÁTER PROVISÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO VOLUNTÁRIO, APENAS PARA EXCLUSÃO DE PERÍODO EM QUE NÃO HOUVE DESCONTO SOBRE O 1/3 DE FÉRIAS E DE OUTRAS RUBRICAS. MATÉRIA PACÍFICA. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO E DA REMESSA OFICIAL.

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. Tendo as verbas enumeradas na demanda caráter *propter laborem*, não há que se falar em incidência de desconto relativo a contribuição previdenciária com relação a tais vantagens. O STJ realinhou sua jurisprudência para acompanhar o STF pela não-incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias. Aplicação do art. 557, *caput*, do CPC.

Não tendo havido desconto das contribuições previdenciárias

sobre o 1/3 de férias no período posterior a 2010, bem como sobre outras rubricas reclamadas a partir de novembro de 2011, não cabe a devolução de tais valores, tampouco a determinação para que cessem os descontos. Outrossim, não havendo desconto em tempo algum sobre o Auxílio Alimentação e inexistindo registro de recebimento de “Serviços Extraordinários”, não há que se falar em condenação em relação a tais rubricas.

“Os juros de mora relativos à restituição de indébito decorrente de contribuição previdenciária têm natureza tributária, pelo que são devidos à razão de 1% ao mês, segundo o art. 161, 1º, do CTN, não se aplicando o art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, acrescentado pela MP n. 2.180-35/2001. Precedente: REsp 1.111.189/SP, Ministro Teori Albino Zavascki, DJe de 26.5.2009, submetido ao rito dos recursos repetitivos.”¹

“[...] 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 1.086.935/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 12.11.2008, DJe 24.11.2008 - submetido à sistemática dos recursos repetitivos: art. 543-C do CPC)”.²

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima nominadas.

ACORDA a Quarta Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, à unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento parcial à remessa e ao apelo, nos termos do voto do relator, integrando a decisão a súmula de julgamento de fl. 136.

Relatório

Trata-se de apelações e remessa oficial interpostos contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação de repetição de indébito cumulada com obrigação de fazer proposta por Waldir Pereira da Silva em desfavor da PBPREV – Paraíba Previdência e do Estado da Paraíba.

Na sentença, o magistrado afastou a preliminar de ilegitimidade passiva do Estado da Paraíba e, no mérito, declarou ilegal a incidência de contribuição previdenciária sobre: 1. Gratificações do art. 57, VII, L 58/03 (POG. PM; PM. VAR; GPE.

¹ STJ - AgRg no AREsp 48.939/SP, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJe de 23/11/2011

² STJ - AgRg no AREsp 326.746/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 26/08/2013

PM); 2. Auxílio Alimentação; 3. Plantão Extra; 4. Gratificação de Insalubridade; 5. Terço de Férias; 6. Serviços Extraordinários. Determinou que cessem as contribuições e condenou os demandados a devolver os valores descontados anteriormente e no curso da ação, respeitada a prescrição quinquenal, acrescido de atualização monetária, na forma do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, desde a data de cada desconto indevido.

Inconformada, recorre a autarquia previdenciária aduzindo que o benefício a ser percebido pelo segurado será calculado de acordo com a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servido ao regime de previdência, de acordo com a Lei nº 10.887/2004.

Ressalta a natureza remuneratória e habitual das verbas em discussão, bem assim que desde o exercício de 2010 não incide a contribuição sobre o adicional de férias. Destaca a necessidade de observância dos princípios da contributividade e da solidariedade. Ao final, pediu o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos.

Em sede de contrarrazões, o recorrido alega infração ao princípio da dialeticidade, eis que a parte recorrente não teria impugnado especificamente os fundamentos da sentença. No mérito, pediu o desprovimento do recurso.

O Ministério Público opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, registre-se não merecer prosperar a preliminar de não conhecimento do recurso, que supostamente teria infringido o princípio da dialeticidade. Embora reitere os argumentos já expostos na contestação, a petição do recurso carrega em seu texto conteúdo apto a impugnar os fundamentos da sentença, de modo que não há que se falar em violação ao preceito referido. **Isto posto, rejeito a preliminar de não conhecimento do recurso.**

Colhe-se dos autos que a pretensão do agravante é a reforma da sentença que condenou a recorrente a se abster de efetuar contribuições previdenciárias bem assim a devolver os valores descontados sobre: 1. Gratificações do art. 57, VII, L 58/03 (POG. PM; PM. VAR; GPE. PM); 2. Auxílio Alimentação; 3. Plantão Extra; 4. Gratificação de Insalubridade; 5. Terço de Férias; 6. Serviços Extraordinários; .

Explicitado o pedido, passo à análise da incidência de contribuição previdenciária com relação às verbas apontadas. 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, 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; [...].”

Mais adiante, a mesma Lei Complementar destaca:

“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.”

No que se refere ao “Plantão Extra” e “Adicional de Insalubridade”, note-se que tem sua origem no exercício de atividade provisória, não definitiva. Vale dizer, o agente público somente as percebe enquanto estiver laborando em horário estendido ou quando estiver desempenhando atividade insalubre. Findas estas condições, ele passa a perceber sua remuneração ordinária, sem aqueles acréscimos citados. Neste cenário, não me parece razoável pensar que as vantagens possam ter repercussão no patrimônio jurídico da autora, uma vez que, em não sendo definitivas, não se incorporarão à sua aposentadoria.

Na verdade, tais parcelas possuem o chamado “caráter *propter laborem*”, ou seja, decorrem do desempenho de atividades especiais, estranhas às atribuições normais do cargo. Logo, nesse caso, não é possível o desconto previdenciário, diante da ausência de habitualidade e do caráter remuneratório, conforme se extrai dos seguintes precedentes:

“As gratificações *propter laborem* são concedidas aos servidores públicos quando estes estiverem desempenhado uma determinada atividade especial A parcela remuneratória referente a tais gratificações não pode ser considerada como parte integrante dos vencimentos dos servidores públicos [...].”⁸

“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)”⁹

8 TJPB - AC 20020090147923001 – Rel. Des. Marcos Cavalcanti de Albuquerque - 2ª C. Cível – j. 23/03/2010

9 TJPB – AC 20020080339308001 – Rel. Des. Saulo Henriques de Sá e Benevides - 3ª C. Cível – j. 25/08/2009

No que toca ao Auxílio Alimentação, o exame das fichas financeiras revela que não houve, em momento algum, desconto sobre a referida rubrica, daí porque nada ser devido neste sentido. Quanto à rubrica “Serviços Extraordinários”, não há nos referidos documentos registro de recebimento pelo autor, daí porque, também nada é devido em relação a ela.

Percebe-se, assim, que o §11 do artigo 201, da Constituição Federal, aplicável ao regime de previdência dos servidores Públicos por força do artigo 40, §3 da Constituição Federal, ao determinar que os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, sejam incorporados, ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, consagrou a equivalência entre o que vai ser pago pelo servidor e o que ele vai receber futuramente.

No que se refere ao terço de férias, não há dúvidas quanto à ilegalidade dos descontos. Sobre esse tema, o STF já pacificou o entendimento de que não é cabível a citado desconto previdenciário, 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.”

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que somente as parcelas que podem ser incorporadas à remuneração do servidor para fins de aposentadoria podem sofrer a incidência da contribuição previdenciária.”

O STJ, embora tenha se posicionado pela possibilidade do desconto, realinhou a sua jurisprudência para acompanhar o STF, vejamos:

“O STJ, após o julgamento da Pet 7.296/DF, realinhou sua jurisprudência para acompanhar o STF pela não-incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias. Precedentes.”

“A Primeira Seção, revendo posicionamento anterior, firmou entendimento pela não-incidência da Contribuição Previdenciária sobre o terço constitucional de férias, dada a natureza indenizatória dessa verba.”

Entretanto, observa-se que as contribuições previdenciárias sobre o terço constitucional somente incidiram até o exercício de 2009, não havendo descontos no período posterior. O mesmo acontece com todas as demais rubricas aqui faladas, que a partir de dezembro de 2011 não mais sofreram a incidência da contribuição previdenciária,

que passou a ser descontada apenas quanto às verbas que se incorporam à aposentadoria do recorrido. Neste contexto, o inconformismo da PBPREV merece ser parcialmente provido, já que não há mais sentido em manter a vedação do desconto, na medida em que a partir os períodos anotados a autarquia automaticamente passou a não mais fazer incidir a contribuição. O mesmo raciocínio vale para a devolução dos valores descontados, que devem ocorrer somente em relação ao período que ocorreram os descontos, respeitada a prescrição quinquenal.

Sobre as quantias a serem devolvidas, devem incidir juros de mora que deverão ser contados a partir do trânsito em julgado (Súmula 188, do STJ), na razão de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 161, ^a 1^o, do CTN, conforme se pode ver nos precedentes abaixo.:

“Os juros de mora relativos à restituição de indébito decorrente de contribuição previdenciária têm natureza tributária, pelo que são devidos à razão de 1% ao mês, segundo o art. 161, 1^o, do CTN, não se aplicando o art. 1^o-F da Lei n. 9.494/1997, acrescentado pela MP n. 2.180-35/2001. Precedente: REsp 1.111.189/SP, Ministro Teori Albino Zavascki, DJe de 26.5.2009, submetido ao rito dos recursos repetitivos.”³

“[...] 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 1.086.935/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 12.11.2008, DJe 24.11.2008 - submetido à sistemática dos recursos repetitivos: art. 543-C do CPC)”⁴

Ademais, 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 162 do STJ.⁵

Ante o exposto, **rejeito a preliminar de não conhecimento do recurso** e, no mérito, **dou provimento parcial à apelação da PBPREV** para afastar a obrigação de fazer relativa aos descontos do 1/3 de férias a partir de 2010 e das demais rubricas a partir de novembro de 2011, bem como para incluir na condenação apenas os valores efetivamente descontados (1/3 férias até 2009 e demais rubricas até novembro de 2011), respeitada a prescrição quinquenal, além de afastar a condenação quanto ao “Auxílio Alimentação” e “Serviços Extraordinários”. **Provimento parcial à remessa oficial** para alterar a forma de pagamento de juros e correção monetária. É como voto.

³ STJ - AgRg no AREsp 48.939/SP, 2^a T., Min. Humberto Martins, DJe de 23/11/2011

⁴ STJ - AgRg no AREsp 326.746/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 26/08/2013

⁵ Súmula nº 162. Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido.

DECISÃO

A Quarta Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba decidiu, à unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento parcial à remessa e ao apelo, nos termos do voto do relator.

Presidiu a sessão o Exmo. Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho. Participaram do julgamento o Exmo. Des. João Alves da Silva (relator), o Exmo. Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho e o Exmo. Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira.

Presente representante do Ministério Público, na pessoa do Excelentíssimo Dr. José Raimundo de Lima, Procurador de Justiça.

Sala das Sessões da Quarta Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, em 21 de março de 2017 (data do julgamento).

João Pessoa, 22 de março de 2017.

Desembargador João Alves da Silva
Relator