



PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gab. Des. Erik de Sousa Dantas Simões

226

1ª Câmara de Direito Público

Recurso de Agravo na Apelação Cível nº 0236331-7 (N.P.U. nº 0125093-49.2005.8.17.0001)

Agravante: Maria Alice Tavares Jordão Franco

Agravado: Estado de Pernambuco e outro

Relator: Des. Erik de Sousa Dantas Simões

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE AGRAVO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PARCELA NÃO INCORPORÁVEL AOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DE CARGO COMISSIONADO OU FUNÇÃO GRATIFICADA. ÔNUS DA PROVA DA AUTORA. RECURSO DE AGRAVO DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. O regime previdenciário é essencialmente um regime de caráter retributivo, em que há correlação entre custo e benefício, razão porque não devem ser realizados os descontos previdenciários sobre verba decorrente de cargo em comissão ou função gratificada, uma vez que tais remunerações não irão compor os proventos de aposentadoria.
2. Contudo, no caso em comento, não há qualquer comprovação nos autos acerca do exercício de cargo comissionado alegado pela agravante. A certidão de fls. 24, bem como as fichas financeiras de fls. 25/42 e os contracheques colacionados às fls. 43/95 não fazem menção ao exercício de cargo comissionado ou função gratificada ocupado pela recorrente.
3. Seria necessária a produção de provas acerca da condição de ocupante de cargo comissionado ou função gratificada. Nos termos do art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao autor "*quanto ao fato constitutivo do seu direito*".
4. Outrossim, compulsando as fichas financeiras de fls. 29/31 e 42, percebe-se que a agravante já percebeu valores decorrentes de devolução de descontos previdenciários, através de Ação ordinária, inexistindo referência quanto ao período.
5. As parcelas constantes das fichas financeiras acostadas aos autos são todas incorporáveis aos proventos de aposentadoria da recorrente, restando devidos os descontos efetuados.
6. Recurso de Agravo desprovido.



PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gab. Des. Erik de Sousa Dantas Simões

227
8

7. Decisão Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Agravo na Apelação Cível nº 0236331-7, em que são partes as acima indicadas, acordam os Excelentíssimos Desembargadores que compõem a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Pernambuco, por unanimidade de votos, **em negar provimento** ao Recurso de Agravo, nos termos do voto do Relator, estando tudo de acordo com as notas Taquigráficas, votos e demais peças que passam a integrar este julgado.

Recife, 24 de setembro de 2013.


Des. Erik de Sousa Dantas Simões
Relator



PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gab. Des. Erik de Sousa Dantas Simões

22/8

1ª Câmara de Direito Público

Recurso de Agravo na Apelação Cível nº 0236331-7 (N.P.U. nº 0125093-49.2005.8.17.0001)

Agravante: Maria Alice Tavares Jordão Franco

Agravado: Estado de Pernambuco e outro

Relator: Des. Erik de Sousa Dantas Simões

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Agravo interposto contra Decisão Terminativa que negou provimento ao apelo, para manter a sentença de improcedência do pedido de repetição do indébito previdenciário sobre as parcelas remuneratórias que não comporão os proventos de aposentadoria da autora.

Aduz a agravante que exerceu função comissionada no Tribunal Regional Eleitoral desde o ano de 1995, tendo recolhido contribuições ao Sistema Previdenciário dos Servidores do Estado, que incidiam sobre gratificações referentes ao referido cargo. Sustenta que, de acordo com a EC nº 20/98, tais contribuições adquiriram caráter eminentemente contributivo, devendo haver correspondência entre as contribuições e o valor do benefício, ou seja, as parcelas remuneratórias que têm natureza distinta do vencimento, bem como as vantagens que não incorporarem à aposentadoria, deveriam ser excluídas da base de cálculo para fins de desconto previdenciário (fls. 226/255).

Argumenta, também, que a Lei Estadual nº 28/2000 revogou a Lei nº 7.551/77 e suas alterações, criando um novo sistema previdenciário para os servidores estaduais, adequando-se aos ditames da EC nº 20/98. Do mesmo modo, a Lei Complementar Estadual nº 41/2001 teria excluído da contribuição previdenciária as vantagens não incorporáveis à aposentadoria.

Aduz, ainda, que estão presentes no caso, os pressupostos legais para a concessão de tutela antecipada, para que os agravados se abstenham de proceder ao desconto da contribuição previdenciária sobre todas as parcelas remuneratórias que não venham compor os proventos na aposentadoria.

Erik



PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gab. Des. Erik de Sousa Dantas Simões

229

Por fim, alega que os honorários advocatícios, em desfavor dos recorridos, devem ser aplicados em 20% sobre o valor da condenação, observando-se os comandos insertos no art. 20, do CPC e no art. 22, da Lei 8.906/94.

Requer, portanto, que o presente Recurso de Agravo seja conhecido e provido, para que seja reformada a decisão terminativa proferida por esta Relatoria.

Não havendo razão para o exercício do juízo de retratação e, verificada a tempestividade e o preenchimento dos demais requisitos legais, coloco o presente recurso em mesa para que seja devidamente julgado pelo Colegiado, em conformidade com os ditames legais.

É o Relatório.

Recife, 24 de setembro de 2013.

Des. Erik de Sousa Dantas Simões

Relator



PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gab. Des. Erik de Sousa Dantas Simões

30
JP

1ª Câmara de Direito Público

Recurso de Agravo na Apelação Cível nº 0236331-7 (N.P.U. nº 0125093-49.2005.8.17.0001)

Agravante: Maria Alice Tavares Jordão Franco

Agravado: Estado de Pernambuco e outro

Relator: Des. Erik de Sousa Dantas Simões

VOTO

A presente questão cinge-se à devolução de valores descontados, a título de contribuição previdenciária, incidente sobre parcela não incorporável aos proventos de aposentadoria da recorrente.

Pois bem. Como se sabe, a contribuição previdenciária é tributo com natureza de contribuição social, e por isto, está vinculada a uma atividade estatal específica.

Com efeito, a EC nº 41/03 alterou a redação do § 3º, do art. 40 da CF, estabelecendo que a fixação dos proventos de aposentadoria dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos dependerá da aplicação da regra de cálculo que tem por critério a média das remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor, recolhidas aos regimes de previdência, com as devidas atualizações.

Em junho de 2004, foi editada a Lei Federal nº 10.887/04, dispondo sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, com a definição da base de cálculo das contribuições previdenciárias dos servidores públicos, determinando que nela não incidirá a parcela decorrente do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança, de acordo com o art. 4º, § 1º, VIII, *verbis*:

"Art. 4º - (...)

§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: (...)

VIII - A parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança."

Assim, temos que o regime previdenciário é essencialmente um regime de caráter retributivo, em que há correlação entre custo e benefício, razão porque não devem ser

30/11



PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gab. Des. Erik de Sousa Dantas Simões

realizados os descontos previdenciários sobre verba decorrente de cargo em comissão ou função gratificada, uma vez que tais remunerações não irão compor os proventos de aposentadoria.

Contudo, no caso em comento, não há qualquer comprovação nos autos acerca do exercício de cargo comissionado alegado pela agravante. A certidão de fls. 24, bem como as fichas financeiras de fls. 25/42 e os contracheques colacionados às fls. 43/95 não fazem menção ao exercício de cargo comissionado ou função gratificada ocupado pela recorrente.

Com efeito, seria necessária a produção de provas acerca da condição de ocupante de cargo comissionado ou função gratificada.

Nos termos do art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao autor *"quanto ao fato constitutivo do seu direito"*.

Conforme acentua Humberto Theodoro Júnior,

"não há um dever de provar, nem à parte assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente" (Curso de Direito Processual Civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. I, p. 411).

No mesmo sentido, Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini afirmam:

"O ônus difere do dever, pois este pressupõe sanção. Melhor dizendo, sempre que a norma jurídica impõe um dever a alguém, em verdade está obrigando ao cumprimento, o que gera ao pólo oposto da relação jurídica o direito – correlato e em sentido contrário – de exigir o comportamento do obrigado. Nada disso ocorre com o ônus, que implica tão-somente, no caso de descumprimento, em uma consequência processual. Há interesse no cumprimento do ônus da prova. Com 'interesse' se quer dizer que a prática do ato processual favorece à parte. Há interesse em praticá-lo porque se tirará algum proveito processual com a atividade.

"Assim, ônus da prova pode ser conceituado como a conduta que se espera da parte, para que a verdade dos fatos alegados seja admitida pelo juiz e possa ele



PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gab. Des. Erik de Sousa Dantas Simões

extrair daí as conseqüências jurídicas pertinentes ao caso. Já que há interesse da parte em demonstrar a veracidade dos fatos alegados, porque somente assim se pode esperar sentença favorável, ônus da prova significa o interesse da parte em produzir a prova que lhe traga conseqüências favoráveis.

"O ônus da prova é de fundamental importância quando a prova não há, e não quando há. Como a prova não pertence à parte, cabe-lhe manuseá-la a seu favor, tentando extrair dos fatos demonstrados a conseqüência jurídica que pretende. Se a prova vem aos autos, independentemente de quem a produziu, compete ao juiz reconhecer os efeitos que ela produz.

"Se prova há (foi produzida, não importando por quem), as regras do ônus da prova são totalmente desnecessárias. Provados os fatos, o juiz tão-somente os adequará à norma jurídica pertinente. Mas se prova não há, necessário se torna que o sistema trace os princípios a serem trilhados pelo juiz para chegar à justa solução da demanda. Assim, dota-se o julgador de regras a nortear-lhe a atividade e sistematiza-se o procedimento probatório, evitando-se diligências desnecessárias e indesejáveis.

"O Código de Processo Civil divide o ônus da prova pela posição processual que a parte assume. Se no pólo ativo, compete-lhe provar apenas o fato constitutivo de seu pretensão direito. Se no pólo passivo, somente deverá provar se alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor.

"Fato constitutivo é aquele que tem o condão de gerar o direito postulado pelo autor e que, se demonstrado, leva à procedência do pedido. Fato impeditivo, modificativo ou extintivo é todo aquele que leva ao não reconhecimento do direito alegado pelo autor. Impeditivo porque obsta um ou alguns dos efeitos que naturalmente ocorreriam da relação jurídica. Modificativo, porque demonstra alteração daquilo que foi expresso no pedido. Extintivo, porque fulminam no todo o pedido, fazendo cessar a relação jurídica original" (Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002).

Como bem alinhado pelos doutrinadores supracitados, se o autor deixar de juntar aos autos elementos probatórios do fato constitutivo de seu direito, não resta alternativa ao Magistrado senão a de julgar improcedente o pedido apresentado.

Nesse sentido:



PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gab. Des. Erik de Sousa Dantas Simões

333 ✓

ADMINISTRATIVO. LEI ESTADUAL Nº 12.635/2004. REVISÃO VENCIMENTOS E PROVENTOS. SERVIDORES ESTADUAIS APOSENTADOS. VINCULAÇÃO A CARGO ELENCADE NA LEI. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. PODER JUDICIÁRIO. ISONOMIA. AUMENTO DE PROVENTOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. A Lei Estadual nº 12.635/2004, em seu art. 1º, § 1º, dispõe sobre reajustes específicos para os servidores estaduais relacionados no seu Anexo (fls. 104/107 do apelo em apenso), com extensão aos aposentados e pensionistas vinculados aos mesmos cargos. 2. Os recorrentes não lograram êxito em comprovar a sua vinculação a qualquer cargo cujo símbolo de nível se encontra elencado no aludido anexo I. 3. À luz da Súmula nº 339 do STF, não cabe ao Poder Judiciário aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento da isonomia, à revelia de lei formal. 4. Integrativo à unanimidade improvido. (TJ-PE - AGV: 2542067 PE 0001283-93.2012.8.17.0000, Relator: Ricardo de Oliveira Paes Barreto, Data de Julgamento: 26/07/2012).

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. ESTABILIDADE FINANCEIRA. CARGO EM COMISSÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE VÍNCULO EFETIVO DA SERVIDORA À ÉPOCA DO FATO GERADOR DO ALEGADO DIREITO À ESTABILIDADE FINANCEIRA. REGIME CELETISTA. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL. VANTAGEM DEFERIDA APENAS AOS SERVIDORES ESTATUTÁRIOS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Anotou-se que a estabilidade financeira disciplinada na Lei de regência alcança, por óbvio, somente o servidor público ocupante de cargo efetivo, eis que a própria natureza do cargo de provimento em comissão (em caráter *ad nutum*) impede que os seus titulares adquiram estabilidade. 2. In casu, a autora, não comprova se passou ou quando teria passado à condição de servidora efetiva. 3. O deferimento de estabilidade financeira em casos que tais somente poderia ser concedido a servidores com vínculo efetivo para com a Administração Pública, de modo que carece a impetrante, ora apelante, de direito à percepção da vantagem em foco. 4. Observou-se, por outro lado, que, mesmo considerando que a autora fosse efetiva, tal percepção não seria possível, vez que a apelante também não logrou comprovar o fato gerador da percepção da estabilidade financeira, visto que não cuidou de acostar, seja à inicial, seja ao longo do processo, nenhum elemento de convicção que pudesse respaldar as suas alegações relativas ao tempo de exercício do cargo comissionado de Secretária de Saúde. 5. Neste diapasão, ausente a prova da condição de servidora efetiva, assim como de ter a apelante exercido o cargo comissionado por cinco anos ininterruptos, ou sete intercalados,

BNK



PODER JUDICIÁRIO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gab. Des. Erik de Sousa Dantas Simões

mantém-se a sentença de improcedência da ação. 6. Apelo improvido. (TJ-PE - APL: 3140220078170470 PE 0000314-02.2007.8.17.0470, Relator: Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello, Data de Julgamento: 09/06/2011)

Outrossim, compulsando as fichas financeiras de fls. 29/31 e 42, percebe-se que a agravante já percebeu valores decorrentes de devolução de descontos previdenciários, através de Ação ordinária, inexistindo referência quanto ao período.

Ressalte-se, ainda, como asseverado pelo Ministério Público de 1º e 2º graus, que as parcelas constantes das fichas financeiras acostadas aos autos são todas incorporáveis aos proventos de aposentadoria da recorrente, restando devidos os descontos efetuados.

Posto isso, voto pelo **DESPROVIMENTO** deste Recurso de Agravo, mantendo-se a Decisão Monocrática ora hostilizada em todos os seus termos.

É como voto.

Recife, 24 de setembro de 2013.


Des. Erik de Sousa Dantas Simões
Relator