



ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete Des. André Oliveira da Silva Guimarães

162
Top

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 0013082-41.2012.8.17.1130(328953-0)
AGRAVANTE/APELADO: JEAN EDICLEI DOS SANTOS VALENÇA
AGRAVADO/APELANTE: FUNAPE – FUNDAÇÃO DE APOSENTADORIA E
PENSÕES DOS SERVIDORES DO ESTADO DE PERNAMBUCO
RELATOR: Des. ANDRÉ OLIVEIRA DA SILVA GUIMARÃES

EMENTA: Direito Administrativo e Previdenciário. Agravo Legal. Decisão Monocrática Terminativa. Reexame Necessário e Apelação Cível. Ação Ordinária. Contribuição previdenciária. Incidência sobre as Gratificação de Localidade Especial, Gratificação de Risco de Policiamento Ostensivo e Gratificação de Motorista. Possibilidade. As gratificações percebidas pelo militar não se enquadram no conceito de função gratificada, prevista no inciso IX do art. 70 da Lei Complementar Estadual 28/2000. O regime da Seguridade Social é contributivo, tendo como princípios a solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial. Sentença em confronto com precedentes jurisprudenciais do STF e do STJ. Decisão mantida. Agravo não provido. À unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da Egrégia Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, unanimemente, em **NEGAR PROVIMENTO** aos recursos, tudo de conformidade com os votos anexos, os quais, devidamente revistos e rubricados, passam a integrar este julgado.

Recife, 13 de junho de 2014.


Des. ANDRÉ Oliveira da Silva GUIMARÃES
Relator



163
Top.

ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete Des. André Oliveira da Silva Guimarães

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 0013082-41.2012.8.17.1130(328953-0)
AGRAVANTE/APELADO: JEAN EDICLEI DOS SANTOS VALENÇA
AGRAVADO/APELANTE: FUNAPE – FUNDAÇÃO DE APOSENTADORIA E
PENSÕES DOS SERVIDORES DO ESTADO DE PERNAMBUCO
RELATOR: Des. ANDRÉ OLIVEIRA DA SILVA GUIMARÃES

RELATÓRIO

Trata-se de agravo legal interposto por Jean Ediceli de Lima Melo contra a decisão terminativa (fls. 124/131) da minha lavra que, constatando que a sentença proferida nos autos da Ação Ordinária nº 0013082-41.2012.8.17.1130 estava em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, deu provimento ao Reexame Necessário para determinar a incidência de descontos previdenciários nas Gratificações de Localidade Especial, de Risco de Policiamento Ostensivo e de Motorista percebidas pelo agravante.

Em suas razões, alega o agravante que as gratificações percebidas pelo agravante não integram a base de cálculo dos proventos de aposentadoria, além de que já foi declarada a inconstitucionalidade do desconto previdenciário sobre funções gratificadas e cargos comissionados. Ao final, requereu a reforma da decisão agravada para que se exclua da base de cálculo da contribuição previdenciária as parcelas não incorporáveis, assim como seja restituído os valores indevidamente descontados, respeitada a prescrição quinquenal (fls.139/155).

É o relatório.

VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço do presente recurso de Agravo, passando a analisá-lo.

14



ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete Des. André Oliveira da Silva Guimarães

164
[assinatura]

A decisão agravada está vazada nos seguintes termos:

"Trata-se de Reexame Necessário e recurso de Apelação Cível interposto pelo Estado de Pernambuco em face de sentença proferida pelo Juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Petrolina (fls. 70/77) que, nos autos da Ação Ordinária nº 0013082-41.2012.8.17.1130 proposta por Jean Ediclei dos Santos Valença, concedeu a tutela antecipada para determinar que a FUNAPE exclua da base de cálculo da contribuição previdenciária as parcelas não incorporáveis (Gratificação de Localidade Especial, Gratificação de Risco de Policiamento Ostensivo e Gratificação de Motorista), sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais). No mérito, julgou procedente o pedido para condenar a apelante no dever de excluir da base de cálculo da contribuição previdenciária as parcelas não incorporáveis e restituir os valores indevidamente descontados a título de contribuição previdenciária, quantia a ser apurada em liquidação de sentença, respeitando-se a prescrição quinquenal e devidamente atualizada pela tabela do TJPE, à época do pagamento. E, ainda, condenou a apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Requer a FUNAPE que seja o recurso recebido no efeito suspensivo nos termos do art. 558, § único, do CPC. No mérito, pede pela total improcedência dos pedidos, tendo em vista a ausência de sinalagma entre os benefícios de aposentadoria e a contribuição previdenciária, admitindo-se a tributação de toda e qualquer parcela da remuneração, independentemente de virem a compor a futura remuneração do servidor, nos termos da EC 41/03 (fls.79/92).

Contrarrazões apresentadas às fls.96/107, pugnando pela manutenção do *decisium*

[assinatura]



ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete Des. André Oliveira da Silva Guimarães

165
[assinatura]

A Doutra Procuradoria de Justiça Cível emitiu manifestação, abstendo-se de intervir na causa (fls.120/121).

É o que interessa relatar. DECIDO.

Inicialmente, acolho o pedido da Fundação de Aposentadoria e Pensões dos Servidores do Estado de Pernambuco – FUNAPE, e recebo o recurso de Apelação Cível no duplo efeito, com fundamento no art.558, parágrafo único, por entender que a sentença recorrida possa resultar lesão grave e de difícil reparação para o apelante.

Passo a análise do Reexame Necessário.

Pretende o autor, Jean Ediclei dos Santos Valença, que sobre as gratificações por ele percebidas de Gratificação de Risco de Policiamento Ostensivo, Gratificação de Localidade Especial e Gratificação de Motorista, não incida o desconto previdenciário como previsto no art. 70 da Lei Complementar Estadual 28/2000, que criou o Sistema de Previdência Social dos Servidores do Estado de Pernambuco, com as alterações da Lei Complementar 85/2006:

Art. 70. A base de cálculo das contribuições dos segurados e pensionistas para os fundos criados por esta Lei Complementar será: (Redação alterada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 56, de 30 de dezembro de 2003.)

§1º Não integrarão a base de cálculo das contribuições previstas no caput deste artigo, as importâncias pagas, disponibilizadas ou antecipadas aos segurados do Sistema de Previdência Social dos Servidores do Estado de Pernambuco, relativas: (Redação alterada pelo art. 2º da Lei Complementar nº 41, de 26 de dezembro de 2001.)

.....

IX - a parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função gratificada. (Acrescido pelo art. 20 da Lei Complementar nº 85, de 31 de março de 2006.)

§2º As parcelas remuneratórias de cargos comissionados ou funções gratificadas, quando percebidas por servidor público ocupante de cargo efetivo, a partir do mês de abril de 2006, não integrarão a

[assinatura]



ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete Des. André Oliveira da Silva Guimarães

166

[Assinatura]

base de incidência da contribuição previdenciária devida. (Redação alterada pelo art. 20 da Lei Complementar nº 85, de 31 de março de 2006.)

§3º O servidor de que trata o parágrafo anterior poderá optar pela inclusão na base de contribuição de parcelas remuneratórias percebidas em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função gratificada, para efeito de cálculo de 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 alterada pelo art. 20 da Lei Complementar nº 85, de 31 de março de 2006.)

§4º Na hipótese de acumulação legal de cargos ou funções, a base de cálculo da contribuição ou contribuições do segurado, previstas neste artigo será aquela resultante do somatório das remunerações, à qualquer título, inclusive dos subsídios, auferidas pelo segurado. (Acrescido pelo art. 20 da Lei Complementar nº 85, de 31 de março de 2006.)

No entanto, não é a hipótese contida nos autos, pois a função gratificada, prevista no inciso IX do art. 70 da lei supracitada, é função gratificada de confiança, conceituada pela doutrina e especificada pela legislação pertinente à matéria, como aquela que atende a encargos de chefia, assessoramento, secretariado e de apoio (Lei Estadual nº 6123/68), e tem como características a confiança do superior e a transitoriedade.

Não é o que ocorre no caso concreto. As gratificações percebidas pelo militar apelado não se enquadram em nenhuma das condições acima colocadas, pois são *vantagens pecuniárias concedidas, a título definitivo ou transitório, pela decorrência do tempo de serviço, pelo desempenho de funções especiais, em razão das condições anormais em que se realiza o serviço, ou em razão de condições pessoais do servidor militar*¹. Têm como característica a generalidade, pois percebidas por quase todos, se não todos, da corporação, ainda que observadas para cada uma um tratamento próprio.

Assim vejamos.

¹ Art. 15, caput da Lei nº 10426/90.

[Assinatura]



ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete Des. André Oliveira da Silva Guimarães

164
R.P.

Gratificação de Policiamento Ostensivo tem caráter geral e permanente, entendimento já pacificado por este Tribunal de Justiça, inclusive já determinado o pagamento aos aposentados e pensionistas.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SÚMULA Nº 729 DO STF. INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE RISCO DE POLICIAMENTO OSTENSIVO AOS PROVENTOS DOS DEMANDANTES. BENEFÍCIO DE CARÁTER GERAL. ART. 40, §§7º E 8º, DA CF/88. RECURSO IMPROVIDO POR MAIORIA DE VOTOS.

1. É plenamente possível a antecipação de tutela meritória no caso em apreço em razão do disposto na Súmula nº 729 do STF, que afasta o óbice à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública quando se tratar de matéria previdenciária.

2. Como cediço, a Gratificação de Risco de Policiamento Ostensivo, nos termos do art. 8º da LCE nº 59/04, deve ser concedida aos militares em serviço ativo na Polícia Militar que desenvolvam as atividades previstas no art. 2º da mesma lei, cumulativamente lotados nas Unidades Operacionais da Corporação e nos Órgãos de Direção Executiva, mediante ato de designação específico, cumprindo escala permanente de policiamento ostensivo.

3. O conteúdo destes dispositivos legais induz que a gratificação em lume, por incluir os militares que atuam na própria atividade-fim da Corporação, tem, em essência, caráter geral, a ensejar sua extensão aos inativos e pensionistas, nada obstante a vedação expressa no art. 14 da Lei Complementar nº 59/04.

4. Neste contexto, não há que se falar em violação ao princípio da legalidade, eis que é a própria Constituição Federal, em seu art. 40, §§ 7º e 8º, com redação anterior à EC nº 41/2003, que ampara o direito à paridade dos proventos do agravado.

5. Por maioria de votos, negou-se provimento ao Agravo de Instrumento (Agravo de Instrumento nº 326665-7, Relator Designado para Lavrar o Acórdão: Des. José Ivo de Paula Guimarães, Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Público, Data da Publicação: 08/05/2014).

Gratificação de Localidade Especial, prevista no art. 23 da Lei nº 10.455/90, sendo devida a todo servidor militar que servir em regiões que apresentem condições adversas de vida, em razão da posição geográfica, dificuldade de comunicação ou precárias condições ambientais.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete Des. André Oliveira da Silva Guimarães

168

[assinatura]

Já a Gratificação de motorista é uma gratificação de representação, destinada a atender as despesas especiais decorrentes de compromissos de ordem profissional ou social do servidor militar inerentes a melhor apresentação e ao bom desempenho de suas atividades².

Como visto detalhadamente, nenhuma gratificação percebida pelo apelado apresenta as características da função gratificada de confiança prevista no inciso IX do art. 70 da Lei Complementar Estadual 28/2000, não existindo, portanto, nenhuma proibição ou impossibilidade de incidência do desconto previdenciário nas referidas parcelas remuneratórias.

Quanto à alegação de que o regime previdenciário no país tem caráter retributivo e sinalagmático, não podendo os descontos previdenciários incidir sobre parcelas não incorporáveis, o STF afastou qualquer discussão ainda existente nesse sentido uniformizando o entendimento de que a contribuição previdenciária seria regida pelo princípio da solidariedade e universalidade, respeitando-se o equilíbrio financeiro e atuarial, tendo um caráter eminentemente contributivo:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PROVENTOS. MILITAR. INCIDÊNCIA. EC 41/03. 1. O Supremo, por ocasião do julgamento da ADI n. 3.105, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 18.8.04, registrou inexistir "norma de imunidade tributária absoluta". A Corte afirmou que, após o advento da Emenda Constitucional n. 41/03, os servidores públicos passariam a contribuir para a previdência social em "obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento". 2. Os servidores públicos militares não foram excepcionados da incidência da norma, razão pela qual não subsiste a pretensa imunidade tributária relativamente à categoria. A inexigibilidade da contribuição --- para todos os servidores, quer civis, quer militares --- é reconhecida tão-somente no período entre o advento da EC 20 até a edição da EC 41, conforme é notório no âmbito deste Tribunal [ADI n. 2.189, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 9.6.00, e RE n. 435.210-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de

². Art. 26 e 27, II, b) e d) da Lei nº 10426/90.

[assinatura]



169
Rb.

ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete Des. André Oliveira da Silva Guimarães

14.6.05]. Agravo regimental a que se dá provimento. (RE 475076 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 25/11/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-11 PP-02391 RT v. 98, n. 881, 2009, p. 129-134)

EMENTA: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad aeternum a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art.

4º, caput, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. 3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é



ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete Des. André Oliveira da Silva Guimarães

170
rap.

particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda. (ADI 3105, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2004, DJ 18-02-2005 PP-00004 EMENT VOL-02180-02 PP-00123 RTJ VOL-00193-01 PP-00137 RDDT n. 140, 2007, p. 202-203)

No mesmo sentido já se posicionou o STJ:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. LEI 9.783/99 E LEI 10.887/2004. INCIDÊNCIA, SALVO EM CASO DE INCONSTITUCIONALIDADE (SÚMULA VINCULANTE 10/STF), O QUE NÃO É O CASO. PRECEDENTE: RESP 731.132, 1ª SEÇÃO, DJ DE 20/10/08. INCIDÊNCIA SOBRE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.

1. ...omissis...

2. ...omissis...

3. ...omissis...

4. Não há razão para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.783/99 ou do art. 4º da Lei 10.887/2004. O regime previdenciário hoje consagrado na Constituição, especialmente após a EC 41/2003, que alterou o art. 40, § 3º, da CF, tem caráter contributivo, mas traz incorporado um princípio antes previsto apenas para o regime geral da previdência: o princípio da solidariedade. Por força desse princípio, o financiamento da previdência não tem como contrapartida necessária a previsão de prestações específicas ou proporcionais em favor do contribuinte. A manifestação mais evidente do enunciado é a sujeição à contribuição dos próprios inativos e pensionistas.

5. O adicional de insalubridade assegurado aos servidores ocupantes de cargos públicos (art. 68, Lei 8.112/90), por integrar o conceito de remuneração, fica sujeito à incidência da contribuição previdenciária.

6. Recursos Especiais providos.

(Resp 809.370/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 23/09/2009)

Assim, nos termos dos precedentes jurisprudenciais do STF e do STJ no sentido de que pode incidir contribuição previdenciária nas gratificações recebidas pelo autor, por se tratarem de parcelas remuneratórias e não estarem no rol de exclusão do art. 70 da Lei Complementar Estadual 28/2000, merece reforma a sentença que julgou procedente o pedido do autor.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete Des. André Oliveira da Silva Guimarães

171
100.

Pelo exposto, com fulcro no § 1º - A do art. 557 do CPC, **DOU PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO E JULGO PREJUDICADO O APELO**, eis que a decisão atacada está em confronto com a Jurisprudência dos Tribunais Superiores, para determinar que a FUNAPE NÃO exclua da base de cálculo da contribuição previdenciária as parcelas de Gratificação de Localidade Especial, Gratificação de Risco de Policiamento Ostensivo e Gratificação de Motorista, recebidas por Jean Ediclei dos Santos Valença. Inverto o ônus sucumbencial, ficando sua exigibilidade suspensa nos termos do art. 12 da Lei nº 1060/50.

Publique-se. Intime-se.

Com o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao Juízo de origem.

Recife, 14 de maio de 2014.

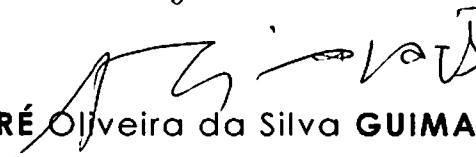
Des. **ANDRÉ** Oliveira da Silva **GUIMARÃES**
Relator"

Os argumentos expendidos no presente agravo legal, não me persuadem a refluir da posição perfilhada.

Ante o exposto, estando a decisão combatida conforme a jurisprudência do STJ, **nego provimento** ao presente recurso de agravo.

É como voto.

Recife, 13 de junho de 2014.


Des. **ANDRÉ** Oliveira da Silva **GUIMARÃES**
Relator