

JULIO LAMBERTSON RABELLO



“Inexistindo o direito à incorporação, a verba não pode ser tributada pela contribuição previdenciária, a menos que o servidor manifeste expressamente seu desejo de que isso ocorra, pois nesse caso, no futuro, esses valores de contribuição irão aumentar o seu benefício, caso este seja calculado com base nas novas regras.”

Conselheiro Julio Lambertson Rabello
Processo 231.958-2/06

APOSENTADORIA E FIXAÇÃO DE PROVENTOS

Versa o presente do ato concessório de aposentadoria por invalidez e respectiva fixação de proventos integrais em nome de ROZANA FERREIRA ASSI, no cargo de Médico, ato exarado a contar de 11.08.06.

Em Sessão de 13.09.07, o Plenário deste Tribunal, em voto por mim proferido, decidiu pela COMUNICAÇÃO ao órgão Jurisdicionado a fim de que, dentre outros esclarecimentos, apontasse quais parcelas da remuneração da servidora sofreram contribuição previdenciária e foram consideradas para o cálculo dos proventos, assim como providenciasse a ciência da mesma sobre os fatos apurados em seu processo de aposentadoria.

Seguindo a regular tramitação, a Instrução verificou o devido atendimento às exigências plenárias, tendo sido informado pela Administração Municipal quais parcelas constantes da remuneração da servidora foram base de contribuição. Sequencialmente, conclui por sugerir COMUNICAÇÃO à Administração do INPAS a fim de que adote as medidas necessárias em relação à fixação dos proventos da servidora, tendo em vista que podem fazer parte do cálculo as parcelas de cunho remuneratório e que tenham sofrido incidência de contribuição previdenciária.

O Ministério Público Especial, este representado pelo Procurador Vittorio Constantino Provenza, manifesta-se em igual sentido.

É o Relatório.

De fato, conforme informado, à fl. 43, as parcelas referentes ao adicional noturno, horas extras, insalubridade, abono Lei n.º 5856/02 e abono prod. Lei n.º 6262/05, constantes da remuneração da servidora foram base de incidência de contribuição previdenciária e não foram consideradas quando da fixação de seus proventos, tendo em vista que a Lei n.º 4.903/91, em seu artigo 24, parágrafo único, proibir expressamente a incorporação das horas extras e outras gratificações recebidas de forma eventual.

Assim, observa-se plenamente atendido o disposto no parágrafo 2º do artigo 40 da Constituição Federal, que estabelece que os proventos de aposentadoria não poderão exceder a remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria, mesmo tendo ocorrido a tributação indevida de contribuição previdenciária em parcelas constantes desta remuneração, *in verbis*:

"§ 2º - Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão."

Destarte, a partir de 16.12.1998, não mais se poderá adicionar, **no momento da inativação**, qualquer verba que não componha a remuneração do cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, sob pena de ferir a regra constitucional transcrita linhas acima.

Conforme a doutrina e a jurisprudência abalizam, **remuneração do cargo efetivo** é o valor constituído pelo vencimento e vantagens pecuniárias permanentes desse cargo, **estabelecidas em lei**, acrescidos dos adicionais de caráter individual e das vantagens pessoais permanentes, em harmonia também com o Art. 2º da Orientação Normativa MPS/SPS N.º 02, de 31.03.2009, *verbis*:

"IX - remuneração do cargo efetivo: o valor constituído pelos vencimentos e pelas vantagens pecuniárias permanentes do respectivo cargo, estabelecidas em lei de cada ente, acrescido dos adicionais de caráter individual e das vantagens pessoais permanentes;"

Proficiências transitórias, percebidas em razão do local de trabalho, bem como cargos comissionados e funções gratificadas não integrariam os proventos do servidor, conforme a Orientação Normativa acima citada - art. 43, *caput* e seu parágrafo primeiro:

"Art. 43. É vedada a inclusão nos benefícios de aposentadoria e pensão, para efeito de percepção destes, de parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho, de função de confiança, de cargo em comissão, de outras parcelas temporárias de remuneração, ou do abono de permanência de que trata o art. 86."

"1º Compreende-se na vedação do caput a previsão de incorporação das parcelas temporárias diretamente nos benefícios ou na remuneração, apenas para efeito de concessão de benefícios, ainda que mediante regras específicas, independentemente de ter havido incidência de contribuição sobre tais parcelas."

Diferentemente é o caso daqueles servidores que percebem as parcelas remuneratórias decorrentes de local de trabalho que não se caracterizam como temporárias, sendo inerentes ao cargo, **que deverão ser explicitadas, em lei**, como integrantes da remuneração do servidor no cargo efetivo e da base de cálculo de contribuição.

É bom ressaltar que não se trata de uma opinião isolada deste relator, pois estreita também com o § 3º do supramencionado art. 43, *verbis*:

"§ 3º As parcelas remuneratórias decorrentes de local de trabalho que não se caracterizarem como temporárias, sendo inerentes ao cargo, deverão ser explicitadas, em lei, como integrantes da remuneração do servidor no cargo efetivo e da base de cálculo de contribuição."

Vê-se, outrossim, que a dicção constitucional ora em análise inviabiliza total e diametralmente a aposentadoria em cargo de provimento comissionado pelo regime previdenciário do servidor público, excluindo, via de consequência, qualquer possibilidade de calcular-se

proventos sobre remuneração de cargo comissionado, tão costumeiramente ocorrente na Administração Pública Federal. A Professora Di Pietro ¹ assim se manifesta sobre a questão:

"Com a referência à remuneração do "cargo efetivo em que se der a aposentadoria", quis o legislador deixar claro que, se o servidor estiver, no momento da aposentadoria, exercendo cargo em comissão ou função de confiança, a aposentadoria ocorrerá com os proventos do cargo efetivo."

Por isso, quaisquer parcelas de natureza precária, dissociadas do cargo efetivo, a exemplo dos adicionais de insalubridade, serviços extraordinários, cargos em comissão ou funções gratificadas, após 16.12.98, data de publicação da Emenda Constitucional n.º 20/98, não mais poderão ser incorporados aos proventos.

Como consequência, após 16.12.98, qualquer norma existente, seja ela constitucional ou infraconstitucional, que assegure ao servidor o direito de incorporar, quando da passagem para a inatividade, gratificações ou adicionais, encontram-se revogadas pela Emenda Constitucional n.º 20/98, porquanto tais verbas não são e nunca foram parcelas inerentes à remuneração de servidor titular de cargo efetivo.

Repiso: as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho possuem um caráter condicional, o seu pagamento somente é garantido ao servidor, enquanto permanecer exercendo suas funções naquele local. Desta maneira, as vantagens que podem ser retiradas a qualquer momento da remuneração do servidor, não podem, a meu ver, adquirir caráter permanente, com a concessão da aposentadoria, por colidir com a regra estatuida pela Emenda Constitucional n.º 20/98.

Outrossim, a inteligência do § 2º do art. 40 da Constituição Federal importa na proibição de uma remuneração de servidores inativos em valor superior àquele que perceberia se em atividade estivesse. Nos âmbitos estaduais e municipais era natural encontrarmos leis que premiavam seus servidores com um plus remuneratório quando da inativação. Tal prática acabava por tornar-se um estímulo para as aposentadorias precoces, porquanto aquele que se aposentava passaria a receber valores maiores que os auferidos na atividade. Não podemos olvidar que este Tribunal já se pronunciou a respeito desta matéria, nos autos do Processo TCE n.º 110.509-1/05, cujo voto foi aprovado na Sessão Plenária de 06.07.06, acompanhando voto proferido pelo Conselheiro Jonas Lopes de Carvalho Junior, dos quais extraio o seguinte trecho, aplicável ao caso concreto com perfeição:

"Com efeito, entendo, s.m.j., que, na hipótese de um servidor se aposentar já sob a égide da Emenda Constitucional nº 20/98, mesmo na existência de lei prevendo a incorporação/integração de cargos em comissão ou funções gratificadas aos proventos quando da passagem à inatividade, ainda assim, será forçoso reconhecer que os preceitos destas leis restaram revogados por serem materialmente incompatíveis com a nova ordem constitucional em vigor."

| 1- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

Assim, o parágrafo 2º do art. 40 da CF combate a edição de lei que preveja a incorporação de vantagens excedentes das próprias do cargo efetivo, quando da aposentadoria. Os proventos hão de abarcar, apenas, a remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der o aposentamento, colhendo tão-somente as vantagens percebidas em função da titularização desse cargo, salvo para aqueles que já tinham direito adquirido à incorporação de vantagens decorrentes do exercício de cargo ou função comissionados. O exercício de cargo em comissão, pelo servidor efetivo, pressupõe o pagamento de uma remuneração maior e, às vezes, as leis locais preveem a incorporação desse plus ainda na atividade, o que não gera problema, pois, nesse caso, a contribuição previdenciária incidirá permanentemente na remuneração do servidor. Entretanto, nem sempre as leis locais permitem ou autorizam essa incorporação e sobre ela até silenciam, donde se conclui que a incorporação não está permitida.

Sustenta-se, pois, que ao estabelecer o Texto Constitucional que os proventos não podem ter valor superior à remuneração do cargo efetivo (conceba-se, procedente do cargo efetivo) dissipou-se a possibilidade de outros valores ou vantagens integrem a composição dos proventos, exceto aquelas gratificações próprias da retribuição ou inerentes ao exercício do cargo em que se deu a aposentadoria. Segundo tais dispositivos legais, está proibida pela Constituição Federal, com as disposições trazidas pela Emenda Constitucional n.º 20/98, a incorporação aos proventos, à guisa de estabilidade financeira ou incorporação ordinária institutos de certa similitude nos efeitos pecuniários, mas de teleologia e regime jurídico bastante distintos, outrora existentes no âmbito de nosso Estado e em muitos dos seus Municípios (bem assim em outros Estados e Municípios da Federação), de quaisquer vantagens que não tenham direta conexão derivativa do exercício do cargo efetivo, também compoendo sua remuneração. Conseqüentemente, cabe a assertiva de que as leis que preveem essa espécie de benefício foram revogadas pela referida Emenda.

Logo, entendo que as incorporações que ocorram ainda em atividade, passam a compor a remuneração do servidor, constituindo direito pessoal, e, portanto, a inclusão das mesmas nos cálculos dos proventos não ferem as disposições contidas na Emenda Constitucional n.º 20/98, no entanto, não é compatível o mesmo raciocínio em relação às parcelas transitórias, que dependem da concessão da aposentadoria para serem incorporadas aos proventos.

Portanto, depreende-se que as parcelas de natureza precária, que estão atreladas ao desempenho do cargo ou às condições e locais onde tal cargo é exercido, a partir de 16.12.98, data da publicação da Emenda Constitucional n.º 20/98, somente poderão ser incorporadas na forma expressa por lei, e frise-se: em atividade. Dito por outras palavras, é necessário que a vantagem integre os proventos de aposentadoria, e não se subordine quando da passagem à inatividade para ser inclusa nos proventos de aposentadoria.

Sendo assim, ainda que tenha havido a contribuição previdenciária sobre as parcelas em questão, esta ocorreu de forma imprópria, pois inexistente o permissivo legal para a incorporação das verbas em exame. Desta maneira, todos os valores cobrados indevidamente devem ser devolvidos aos interessados.

Mas, lembremos: o legislador não proibiu a incorporação de gratificações e demais parcelas financeiras de caráter permanente; tais integrações, nos proventos de aposentadoria, que

ocorram na atividade, são perfeitamente aceitáveis, desde que, incondicionalmente, haja lei que assim disponha. Pacífico que a Administração Pública rege-se pela legalidade estrita, isto é, é precípua que haja normatização expressa para sua atuação, mormente no que diz respeito à criação e extensão de direitos. Saliento que esta questão já está pacificada no âmbito deste Tribunal, e funda-se em decisões do Pleno, citando, ilustrativamente, o voto por mim proferido no Processo TCE n.º 201.088-7/06, aprovado em Sessão de 05.07.07.

É de bom alvitre salientar que as verdadeiras gratificações distinguem-se por terem propósitos certos e selecionados e, em vista disso, são pagas tão-somente aos servidores que as preenchem, mencionando, exemplificativamente, a Gratificação por Atividade Perigosa recebida pelos policiais civis e agentes de segurança penitenciária, a Gratificação de Regime Especial de Trabalho Policial Militar (GRETPM), percebida pelos policiais militares, e a Gratificação de Controle Externo, auferida pelos servidores efetivos deste Tribunal. Estas, irrefutavelmente, só podem ser recebidas, e, conseqüentemente, incorporadas aos proventos, por estes específicos servidores.

Não podemos nos esquecer do "adicional por tempo de serviço" que é o acréscimo pecuniário que se edita peremptoriamente ao padrão do cargo em razão exclusiva do tempo de exercício estabelecido em lei para o auferimento da vantagem. É um adicional *ex facto temporis*, resultante de serviço já prestado *pro labore facto*. Daí porque se incorpora automaticamente ao vencimento e o acompanha na disponibilidade e na aposentadoria. Em outras palavras, tal vantagem é irretirável do servidor precisamente porque representa uma contraprestação de serviço já feito. É uma vantagem pessoal, um direito adquirido para o futuro. Sua *conditio juris* é apenas e tão-somente o tempo de serviço já prestado, sem se exigir qualquer outro requisito da função ou do servidor.

Semelhantemente é o caso dos "adicionais de função" que são pagos em decorrência da natureza especial da função ou do regime especial de trabalho, como as vantagens de nível universitário (ou qualificação profissional) e o adicional de dedicação exclusiva. Em regra, também se incorporam aos vencimentos e aos proventos desde que, inapelavelmente, atenda às condições legais.

Todas essas supramencionadas são as chamadas "vantagens irretiráveis"² do servidor, isto é, são aquelas que já foram adquiridas pelo desempenho efetivo da função (*pro labore facto*) ou pelo transcurso do tempo de serviço (*ex facto temporis*); nunca, porém, as que dependem de um trabalho a ser feito (*pro labore faciendo*), ou de um serviço a ser prestado em determinadas condições (*ex facto officii*), ou em razão da anormalidade do serviço (*proper laborem*), ou, finalmente, em razão de condições individuais do servidor.

Desde que sob o regime estatutário o Estado não firma contrato com seus servidores, mas para eles estabelece unilateralmente regime de trabalho e de retribuição por via estatutária, lícito lhe é, a todo tempo, alterar esse regime jurídico e, assim, as condições de serviço e de pagamento, desde que o faça por lei, sem discriminações pessoais, visando às conveniências da

² - MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo Brasileiro**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Administração. Contudo, da alteração do regime jurídico não pode advir redução da remuneração, pois a garantia da irredutibilidade protege o montante dos ganhos.

Todavia, lembremos: não se pode autorizar a invocação de "direito adquirido" ou "irredutibilidade de vencimentos", em situações de inconstitucionalidade e de ilegalidade. Tais "princípios" não podem ser tidos como absolutos e universais, uma vez que quando se estiver diante de requisito essencial não há que se falar em convalidação, porque nesse caso o ato será nulo e ato nulo não pode convalidar pelo decurso do tempo - art. 169 c/c 185 Código Civil.

Deste modo, voltando ao caso concreto, conforme demonstrado, à fl. 13, somente as parcelas referentes ao vencimento-base, triênio e gratificação de Habilitação (art. 34, § 3º, da Lei n.º 5.169/95), por serem vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, foram consideradas como remuneração do cargo efetivo da servidora.

Num outro diapasão, devo ressaltar que em virtude da contribuição previdenciária ser um tributo e que no crivo de uma taxa deve ser observado o princípio da não-confiscatoriedade, sob pena de enriquecimento sem causa dos Institutos de Previdência, deverá a servidora, se lhe aprouver, buscar, seja no âmbito administrativo ou jurídico, o ressarcimento das quantias tributadas sobre todas as parcelas que sofreram incidência previdenciária e não continham previsão para compor sua remuneração.

Não olvidando que tais parcelas foram tributadas de forma compulsória pela Administração Municipal, ou seja, não foi outorgada à servidora a possibilidade de optar pelo desconto previdenciário das alhures citadas gratificações.

Entretanto, haja vista a matéria ser delicada, tentarei lograr de forma sistemática a solução da mesma. Logo, objetivando a melhor explanação do ponto em discussão, produzo a seguir uma discussão mais aprofundada que pode elucidar os aspectos controversos envolvidos na questão, representando auxílio à sua plena compreensão.

De certo, houve uma grande alteração em todo o quadro normativo, que determinou mudanças em conceitos jurídicos tais como "tempo de contribuição", bem como na própria metodologia de cálculo.

Insta destacar nesse momento que a Medida Provisória n.º 167/2004, posteriormente convertida na Lei federal n.º 10.887/2004, veio regulamentar as novas regras estabelecidas na Emenda Constitucional n.º 41 e pela Emenda Constitucional n.º 20/98.

A União Federal, conforme previsto no artigo 24 da Constituição Federal, tem a competência legislativa para editar normas gerais acerca de direito previdenciário, e, valendo-se desta prerrogativa, editou a norma citada no parágrafo anterior, criando um regramento para o cálculo dos benefícios previdenciários concedidos desde então.

Note-se que, desde então, os conceitos de salário-de-contribuição e salário-de-benefício,

já previstos no Regime Geral de Previdência Social, serão extremamente úteis também nos Regimes Próprios, pois, com a alteração de tempo de serviço para tempo de contribuição, e com o cálculo considerando a média dos salários sujeitos à contribuição, tais conceitos passam a fazer parte do âmbito do Regime Geral dos servidores.

A alteração do cálculo do benefício do servidor após as emendas constitucionais mencionadas no parágrafo anterior, fez com que a incidência de contribuição previdenciária sobre certas verbas fosse considerada indevida, como no caso da tributação previdenciária sobre os montantes percebidos a título de cargo em comissão, a título do exercício de função gratificada e parcelas que tenham como fundamento o local de trabalho do servidor, sem mencionar a incidência sobre verbas de natureza indenizatória.

Hoje em dia é praticamente pacífico que tais verbas, como não irão se refletir nos proventos do aposentado, não poderão ser tributadas quando percebidas em atividade, mas tal entendimento foi construído recentemente após estudos decorrentes das reformas previdenciárias e após várias decisões judiciais neste sentido.

Ora, a idéia a partir da Emenda Constitucional n.º 41/2003 baseou-se no princípio já previsto constitucionalmente do custeio X benefício, ou seja, o valor do benefício tem estreita relação com as contribuições vertidas pelo servidor ao seu regime próprio ao longo da sua vida laborativa, aproximando-se o sistema atual do regime de capitalização, já existente nas fundações privadas.

Por outras palavras, a mudança da base de cálculo, que passa a considerar os valores sobre os quais incidiram as contribuições, tanto no serviço público quanto na atividade privada, torna o sistema mais justo socialmente. Sem renunciar o caráter de solidariedade, praticamente previne a ação de beneficiamento dos mais ricos em detrimento dos mais pobres.

Destarte, a Emenda Constitucional nº 41/03 determina que sejam consideradas as remunerações do servidor vertidas para o sistema próprio e, outrossim, as que serviram de base para as contribuições para o INSS, na hipótese do servidor ter desempenhado atividade como trabalhador em parte da sua vida laboral.

Não olvidando que este foi o critério validamente usado pelo Ministro de Estado da Previdência Social, à época, a fim de formalizar a Medida Provisória n.º 167, convertida posteriormente na citada Lei federal n.º 10.887/04. A reboque desta assertiva, o então Ministro Amir Lando não deixou latente o objetivo de aproximação entre os regimes próprios e geral, quando afirmou:

*"7. Diante disso, **propomos a adoção, pelos regimes próprios, de regra similar àquela adotada pelo Regime Geral de Previdência Social**, ou seja, que, no cálculo, seja considerada a média das maiores remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor a todos os regimes de previdência a que esteve filiado, correspondente a 80% de todo o período contributivo. A exemplo do Regime Geral, deverá ser levado em conta o período decorrido desde a competência julho de 1994, quando houve*

maior estabilidade da moeda brasileira, o que minimizará a ocorrência de distorções, ou a competência do início da contribuição, se posterior àquela.

8. Atendendo à determinação do art. 40, § 17, da Constituição e **visando a evitar tratamentos distintos entre os regimes**, é sugerido que as remunerações consideradas para o cálculo dos proventos tenham seus valores atualizados, mês a mês, de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC. Cabe destacar que esta alteração do índice também está sendo proposta para os benefícios concedidos pelo Regime Geral de Previdência Social nesta mesma Medida Provisória, **o que também vai ao encontro do objetivo de maior aproximação entre os diferentes regimes de previdência social.** "

Vê-se, nitidamente, que a intenção do legislador foi em extinguir o tratamento diferenciado dos regimes próprios e geral de previdência, com o principal objetivo de solver as graves distorções atuariais nos regimes próprios de previdência. **Confessadamente, data venia, cultivo interna divergência quanto à limitação contida no § 2º do art. 40 da CRFB**, pois estou convencido de que a imposição do limite da última remuneração às aposentadorias calculadas com base na média aritmética das remunerações pode resultar em glosa injusta do valor final encontrado, salientando que a utilização da última remuneração do servidor como limite ao montante da aposentadoria é importante em um sistema que baseia o cálculo dos proventos na última remuneração caso das aposentadorias fundamentadas no art. 6º da EC n.º 41/03, porém é conflitante e desnecessária diante da adoção da nova fórmula de cálculo com base na média aritmética.

Num outro turno, o artigo 1º, X, da Lei federal n.º 9.717/1998, veio a ter a sua redação alterada pela Lei federal n.º 10.887/2004, passando a dispor da seguinte maneira:

"X- vedação de inclusão nos benefícios, para efeito de percepção destes, de parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho, de função de confiança ou de cargo em comissão, exceto quando tais parcelas integrem a remuneração de contribuição do servidor que se aposentar com fundamento no art. 40 da Constituição Federal, respeitado, em qualquer hipótese, o limite previsto no § 2º do citado artigo;" (incluído pela Lei n.º 10.887, de 2004)

Como se vê, tal diploma legal, que dispõe sobre as regras gerais para os regimes de previdência dos servidores públicos, admite com indisputável limpidez que lei preveja o pagamento de benefícios aposentatórios que contemplem parcelas decorrentes do exercício de função de confiança, cargo em comissão ou de local de trabalho, desde que tais parcelas tenham integrado a remuneração de contribuição do servidor que se aposentar com fundamento no art. 40 da Constituição, respeitado, em qualquer hipótese, o limite previsto no § 2º.

O contrário também é verdadeiro: se não houver possibilidade legal de consideração dessas parcelas no cômputo do valor dos proventos e pensões, não comporão a base de cálculo para as contribuições previdenciárias. Seria inelutável hipótese de pagamento sem causa.

Portanto, constato que a Lei federal n.º 9.717/1998 não veda a inserção da verba tratada nesses autos na base de cálculo dos futuros proventos do servidor, mas sim condiciona essa inserção ao pagamento da contribuição previdenciária, durante a sua vida laborativa, sobre esse valor.

Dessa forma, se o servidor, quando ocupa o cargo em comissão ou a função gratificada, por exemplo, opta por recolher a previdência social sobre esses valores, o seu salário-de-contribuição desses meses será acrescido desse valor, e, quando do cálculo do salário-de-benefício de seus proventos, o valor de sua renda mensal inicial será computado levando-se em consideração esses montantes. Essa sistemática faz perder o sentido a discussão de incorporação ou não de uma verba, pois, sendo os proventos calculados pela média aritmética das maiores contribuições do servidor ao longo de sua vida, o seu benefício não terá como baliza uma determinada rubrica constante de seus contracheques, mas sim o valor de seus descontos previdenciários ao longo da vida.

Corroborando com meu raciocínio, na Exposição de Motivos n.º 08 o então Ministro de Estado da Previdência Social, já mencionado, a fim de estabelecer normas para aplicação de diversas disposições da Emenda Constitucional nº 41/03, assim se pronunciou:

"13. Estamos também propondo a alteração da Lei no 9.717, de 27 de novembro de 1998, primeiramente alterando o art. 2º, para estabelecer parâmetros compatíveis com a atual situação dos regimes próprios, principalmente considerando a predominância destes no sistema de repartição simples. Propomos, ainda, a alteração do inciso X do art. 1º, para permitir a inclusão, para efeito de cálculo dos benefícios, de parcelas remuneratórias pagas em decorrência de função de confiança ou de cargo em comissão. Pela nova regra de cálculo da aposentadoria, que utiliza a média dos salários de contribuição, não mais se justifica a vedação de incorporação de valores percebidos pelo servidor, que possa elevar sua média, com o conseqüente aumento do valor do benefício."

Outrora, quando o servidor se aposentava, seus benefícios, proporcional ou integral, eram sempre com base no montante da remuneração de seu último cargo, o que trazia sérias irregularidades atuárias. Exemplificativamente, imaginemos a seguinte situação: um servidor que tivesse ocupado um cargo público com remuneração aproximada do piso salarial dos servidores do Estado do Rio de Janeiro por 30 (trinta) anos e, no fim de sua carreira, nos últimos 05 (cinco) anos tenha ocupado um cargo efetivo com remuneração próxima ao teto salarial. Sua aposentadoria seria calculada levando em consideração o último valor, sendo que ele somente contribuiu com base na última remuneração por 05 (cinco) anos. Tal fato, que de maneira alguma era singular no serviço público, levava a uma injustiça no sistema, conduzindo à chamada solidariedade invertida³.

3 - O termo "solidariedade invertida" é utilizado pelo jurista Marcelo Leonardo Tavares no livro *Previdência e Assistência Social - Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. Uma análise numérica demonstra o fenômeno. No ano 2000, os gastos com aposentados e pensionistas da previdência do serviço público federal e estadual atingiram R\$ 48,3 bilhões para a manutenção de 4,7 milhões de servidores, enquanto no Regime Geral e na assistência social mantidas pelo INSS as despesas alcançaram R\$ 5,21 bilhões para a cobertura de 20,3 milhões de pessoas. Dados da página do Ministério da Previdência Social.

Haja vista que as contribuições não foram suficientes para garantir o benefício da aposentadoria naquele padrão, o fundo era sobrecarregado por solidariedade para assegurar o benefício da aposentadoria, conduzindo a que as contribuições pagas por outros servidores fossem usadas para a manutenção dessa aposentadoria. E vou mais além: tendo em vista que tão-somente as contribuições do grupo não eram toleráveis, o Estado acabava se responsabilizando pela cobertura do déficit, a partir de ingressos públicos outros, mormente fruto de arrecadação tributária, que deixava de ser utilizada para outros fins tais como o atendimento à saúde e habitação.

Mas essa sistemática aplica-se aos servidores que tiverem ou que optarem no futuro por ter os seus benefícios calculados com base na nova sistemática trazida pela Emenda Constitucional n.º 41/2003, que almejam aumentar o seu desconto previdenciário para ter salários-de-contribuição maiores, que influenciarão, ao final de sua vida laborativa, o cálculo de seu salário-de-benefício e sua renda mensal inicial de seu futuro benefício de aposentadoria.

Porém, repiso: o valor obtido nesta operação (média) não poderá ser superior à remuneração obtida no último cargo ocupado pelo servidor em atividade, em obediência ao limite previsto no § 2º do art. 40 da CRFB, ou seja, tal dispositivo legal estabelece que os proventos de aposentadoria não poderão exceder a remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria, conforme já fartamente exposto neste relatório.

Assim, conforme explicitamente indicado no art. 1º, § 5º, da Lei federal n.º 10.887/04, se a média das contribuições for maior que a última remuneração em atividade prevalece o valor dessa última na fixação dos proventos. Ao revés, se a média for inferior a última remuneração em atividade prevalecerá o valor da primeira na fixação de proventos. Tal medida justifica-se pela busca do equilíbrio financeiro e atuarial, assim como da sustentabilidade do sistema previdenciário dos entes federativos, fidedigno escopo das Reformas da Previdência.

Portanto, o Estado do Rio de Janeiro, assim como os demais entes federativos, deveriam editar um documento em que o servidor manifestasse seu desejo de estender a tributação referente à contribuição previdenciária sobre esse valor, pois a tributação somente poderia incidir em caso de opção do servidor, sendo vedado a incidência impositiva no caso do servidor silenciar a esse respeito.

Não se olvide que a jurisprudência guarda uniformidade nesse sentido, isto é, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu⁴ inspirado em julgados do Supremo Tribunal Federal que a incidência de contribuição previdenciária sobre parcelas remuneratórias que não integrem à remuneração do cargo efetivo do servidor, à mingua de dispositivo legal que defina como base de cálculo, constitui violação aos princípios da legalidade, da vedação de confisco e da capacidade econômica (contributiva), inculpidos nos incisos I e IV do art. 150 e § 1º do art. 145 da Constituição Federal, bem como o princípio da proporcionalidade entre o valor da remuneração-de-contribuição e o que se reverte em benefícios, posto que, na aposentadoria, o servidor receberá tão-somente a totalidade da remuneração do cargo efetivo e não o *quantum* proporcional àquele sobre o qual contribuiu.

| 4 - RMS 21.559/DF - Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 02.10.2008.

Forço concluir, então, que em qualquer caso, os servidores deveriam manifestar o seu assentimento quanto ao desconto, sendo irregular qualquer incidência tributária caso não haja a manifestação positiva do servidor nesse sentido, inexistindo o entendimento de que o silêncio valeria como uma opção pelo desconto nesse caso, a não ser que a verba fosse incorporável.

Inexistindo o direito à incorporação, a verba não pode ser tributada pela contribuição previdenciária, a menos que o servidor manifeste expressamente seu desejo de que isso ocorra, pois nesse caso, no futuro, esses valores de contribuição irão aumentar o seu benefício, caso este seja calculado com base nas novas regras.

A Constituição Federal, em seu art. 24, estabelece que a União Federal tem competência para editar normas gerais sobre direito previdenciário, e as Leis federais n.º 9.717/98 e n.º 10.887/2004 são consideradas regras gerais, e, em virtude disso, são de aplicação cogente e inafastável a todos os entes federativos.

Insta destacar que a Lei n.º 10.887/2004, em seu artigo 4º, trazia essa previsão da opção pelo desconto somente em relação aos servidores federais, sendo um dispositivo constante desta lei que não possuía caráter nacional, e, sendo assim, a opção nos estados-membros somente poderia ser feita quando houvesse legislação apta a ensejá-la.

E assim o fez o nosso Estado com a promulgação da Lei estadual n.º 5.260, de 11.06.2008, onde foi disponibilizada aos servidores do Estado do Rio de Janeiro a opção pelo desconto nessas verbas que, em princípio, seriam isentas.

Diante de todo exposto, entendo que os Municípios do Estado do Rio de Janeiro devam enveredar pelo mesmo caminho, isto é, deflagrando o processo legislativo a fim de possibilitar aos seus servidores a opção pelo desconto previdenciário sobre parcelas que poderão compor a sua média, entretanto, não poderão integrar a remuneração do cargo efetivo do servidor.

Conclusivamente, cientificarei, desde já, a todos os Prefeitos fluminenses acerca da necessidade de se provocar o processo legislativo com o fito de possibilitar aos seus servidores a opção pelo desconto previdenciário sobre as parcelas que poderão compor a sua média, porém, não poderão integrar a remuneração do cargo efetivo do servidor, citando, exemplificativamente, parcelas referentes a cargos em comissão, a título do exercício de funções gratificadas ou que tenham como fundamento o local de trabalho do servidor.

Tal medida justifica-se a fim de se evitar que os servidores municipais sejam surpreendidos negativamente no momento de suas inativações. Em outras palavras, inexistindo o direito à incorporação, a verba não pode ser tributada pela contribuição previdenciária, a menos que o servidor manifeste expressamente seu desejo de que isso ocorra, pois nesse caso, no futuro, esses valores de contribuição irão aumentar a sua média, caso este seja calculado com base nas novas regras, contudo, seus proventos estarão limitados pelo supracitado § 2º do art. 40 da CF.

Ressalto que a título de orientação prática para os senhores Prefeitos, recomendo usarem como paradigma a Lei federal n.º 10.887/2004, que dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional n.º 41, de 31 de dezembro de 2003.

Por derradeiro, deixo claro que neste voto restringi-me a esclarecer o porquê do servidor não poder incorporar aos seus proventos de aposentadoria parcelas de cunho transitório, atendo-me ao caso concreto posto sob exame. Digo isto porque, embora a solução dada seja fundamentada em normas e princípios legais e na interpretação de ambos, não estou delineando aqui um ensaio abstrato, uma obra doutrinária sobre os efeitos e aplicabilidade do § 2º do art. 40 da CF e suas normas regulamentadoras. Não busco criar um novo parâmetro interpretativo, mas apenas dar solução a este e outros casos que nos deparamos diariamente aqui nesta Corte de Contas, esclarecendo, também, a todos os servidores municipais quais parcelas podem efetivamente compor os seus proventos de aposentadoria.

Assim, ante todo o até aqui exposto e o que dos autos consta, posiciono-me em desacordo com a sugestão do Corpo Instrutivo e com o parecer do Ministério Público Especial.

VOTO:

I. - Pelo REGISTRO dos atos em exame.

II. - Pela COMUNICAÇÃO ao Presidente do Instituto de Previdência e Assistência Social dos Servidores Públicos Municipais de Petrópolis para que cientifique à servidora do inteiro teor desta decisão, em especial, da possibilidade de buscar, se assim desejar, seja no âmbito administrativo ou jurídico, o ressarcimento das quantias tributadas sobre todas as parcelas que sofreram incidência previdenciária e não continham previsão de compor sua remuneração.

III. - Pela EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO a todos os Prefeitos fluminenses, RECOMENDANDO-LHES que adotem providências no sentido de deflagrarem o processo legislativo com o intuito de possibilitar aos seus servidores a opção pelo desconto previdenciário sobre as parcelas que poderão compor a sua média, porém, não poderão integrar a remuneração do cargo efetivo do servidor, citando, exemplificativamente, parcelas referentes a cargos em comissão, a título do exercício de funções gratificadas ou que tenham como fundamento o local de trabalho do servidor.

IV. - Por DETERMINAÇÃO à Secretaria Geral das Sessões (SSE) para que, ao efetuar a expedição dos ofícios, faça juntar àqueles, cópia do inteiro teor deste voto.

JULIO L. RABELLO

Relator