

Senhora Coordenadora:

Em cumprimento ao artigo 137, incisos I e II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso - Resolução nº 14/2007, passamos à análise do presente que versa sobre consulta formulada pelo Sr. Valmir José de Campos, Superintendente do Instituto Municipal de Previdência dos Servidores Públicos de Primavera do Leste.

Consta à fl.07/TCE informação precedente desta Coordenadoria entendendo que esta consulta não atendia o previsto no artigo 232, inciso II, da Resolução nº 14/2007.

Todavia, de acordo o Parecer às fls. 09 e 10/TCE, fundamentado nos termos do parágrafo único do artigo 48 da Lei Complementar nº 269/2007 e o §2º do artigo 232 da Resolução nº 14/2007, foi sugerida a resposta à consulta acerca dos seguintes questionamentos em tese, com observação de que a deliberação não constitui prejulgado de fato ou caso concreto.

Seguem as indagações propostas:

- 1) Os valores descontados de verbas de caráter não permanente, sem a necessária autorização do servidor público, integram a base de cálculo para a composição da média em benefícios futuros de aposentadoria?
- 2) O servidor público pode requerer a devolução de valores descontados (contribuição previdenciária) das verbas de caráter não permanente, sem a sua autorização?
- 3) Há prazo para o servidor formalizar a opção pela contribuição previdenciária sobre verbas de caráter não permanente?
- 4) A média das remunerações somente deve ser considerada para a percepção do benefício de aposentadoria ou também se estende aos demais benefícios previdenciários, considerando o que dispõe o inciso X do artigo 1º da Lei nº 9.717/1998?

É o relatório.

Passa-se ao parecer.

A partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, os cálculos dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e

dos Municípios, previstos no §3º do artigo 40 da Constituição Federal e no artigo 2º desta Emenda, passaram a ser efetuados pela média aritmética simples das remunerações, sendo utilizadas como base as contribuições do servidor.

Esta forma de cálculo de provento foi regulamentada pela Medida Provisória nº 167, 19 de fevereiro de 2004, convertida na Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, a qual trouxe no conteúdo do artigo 4º, §2º, a possibilidade de o servidor optar pela inclusão na base de contribuição de parcelas remuneratórias percebidas em decorrência de local de trabalho, do exercício do cargo em comissão ou de função de confiança.

No mesmo sentido, o Ministério da Previdência de Assistência Social (MPAS) através da Orientação Normativa da Secretaria de Políticas de Previdência Social (SPS) nº 01, de 23 de janeiro de 2007, no artigo 25, *caput*, dispõe:

Art. 25. A lei do ente federativo definirá as parcelas que comporão a base de cálculo da contribuição, podendo prever que a inclusão das parcelas pagas em decorrência de local de trabalho, de função de confiança ou de cargo em comissão, será feita mediante **opção expressa do servidor**, inclusive quando pagas por ente cessionário.

§1º Incidirá contribuição previdenciária sobre o décimo terceiro salário dos segurados ativos, a gratificação natalina dos segurados inativos e pensionistas, os benefícios de salário-maternidade e auxílio-doença.

§2º Se o valor dos benefícios de salário-maternidade e auxílio-doença forem incluídos na base de cálculo de contribuição do ente federativo, as contribuições correspondentes continuarão a ser repassadas pelo ente à unidade gestora do RPPS durante o afastamento do servidor.

§3º Não incidirá contribuição sobre o valor do abono de permanência instituído pela Emenda Constituição nº 41, de 2003. (grifado)

A base de cálculo do benefício previdenciário calculado pela média contributiva reconhece a inclusão destas parcelas em **caráter de exceção**, dando ao servidor discricionariedade de levá-las para aposentadoria.

Destaca-se que essas parcelas **não são permanentes**, pois decorrem de local de trabalho (ex.: adicional de insalubridade), função de confiança ou cargo em comissão, ou seja, fazem parte de um ou vários períodos da vida do servidor. Assim, a cada período de exercício nestas atividades o servidor poderá optar: **incluir ou não**

incluir esta parcela na base de cálculo.

A lei do ente federativo determinará quais as parcelas remuneratórias que comporão a base de cálculo de contribuição; que pela ausência de regulamentação própria deverá adotar, respectivamente, a da União, por analogia, mediante processo de integração das correspondentes normas.

Considerando oportuno entender qual a composição da base contributiva da União, cita-se o artigo 4º da Lei nº 10.887/2004:

Art.4º - A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de 11% (onze por cento), incidente sobre a totalidade da base de contribuição.

§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:

I- diárias para viagens;

II- ajuda de custo em razão de mudança de sede;

III- indenização de transporte;

IV- salário família;

V- auxílio alimentação;

VI- auxílio creche;

VII- parcelas remuneratórias pagas em decorrência do local de trabalho;

VIII- parcela recebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou confiança; e

IX- abono de permanência de que tratam o §19 do artigo 40 da Constituição Federal, o §5º do art.2º e o §1º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003.

§2º **O servidor ocupante de cargo efetivo poderá optar pela inclusão na base de contribuição de parcelas remuneratórias percebidas em decorrência de local de trabalho, do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança, para efeito de cálculo do benefício a ser concedido com fundamento no art.40 da Constituição Federal e 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. (grifado)

Em sintonia com a Lei nº 10.887/2004, o já citado artigo 25 da ON nº 01/2007 do MPAS também conduz ao ente federativo legislar a respeito das parcelas que compõem a sua base de cálculo, definindo algumas diretrizes quanto às verbas de caráter não permanentes, como se segue:

- 1.poderá ser incluído, com a opção expressa do servidor as parcelas pagas em decorrência de:
 - local de trabalho;
 - função de confiança; e
 - cargo em comissão.
- 2.deverá incidir a contribuição previdenciária sobre:
 - décimo terceiro salário dos segurados ativos;
 - gratificação natalina dos segurados inativos e pensionistas;
 - salário-maternidade e auxílio-doença.
- 3.não incidirá sobre o abono de permanência instituído pela EC nº 41/2003.

Buscando adotar uma correlação de entendimentos quanto à composição da base contributiva, o MPAS disponibiliza em seu site (www.mpas.gov.br) um modelo de Projeto de Lei para os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), que no artigo 14 utiliza-se de redação semelhante ao artigo 4º da Lei nº 10.887/2004, referente à União, mas com o acréscimo do inciso X - para as parcelas cujo caráter indenizatório esteja definido em lei.

A Secretaria de Políticas de Previdência Social (SPS), quando da emissão do Certificado de Regularidade Previdenciária (CRP), conforme a Lei nº 9.717/1998 e a Portaria MPAS nº 4.992/1999, examina, como um dos itens, a composição da base de contribuição do servidor para fins de aposentadoria. As disposições acima emitidas pelo MPAS fazem parte da competência, outorgada pela União, para orientar, supervisionar e acompanhar os RPPS, bem como outros parâmetros e diretrizes gerais previstas no artigo 9º da Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998.

Assim, diante apresentado, define-se a expressão **verbas de caráter não permanente** como gênero, cujas espécies podem ser exemplificadas como:

- * diárias para viagens;

- * ajuda de custo em razão de mudança de sede;
- * indenização de transporte;
- * salário família;
- * auxílio alimentação;
- * auxílio creche;
- * auxílio fardamento;
- * auxílio transporte;
- * parcelas remuneratórias pagas em decorrência do local de trabalho;
- * parcela recebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou confiança;
- * abono de permanência; e
- * indenizatórias.

Considerando os parâmetros da União e da ON nº 01/2007, conclui-se que a própria **natureza** destas espécies de verbas não permanentes as **impedem de compor a base de cálculo**, sendo elas:

- * diárias para viagens;
- * ajuda de custo em razão de mudança de sede;
- * indenização de transporte;
- * salário família;
- * auxílio alimentação;
- * auxílio creche;
- * abono de permanência; e
- * indenizatórias.

Havendo, entretanto, o direito de serem **incluídas** na base de cálculo, quando **por opção do servidor**, as seguintes parcelas:

- * remuneratórias pagas em decorrência do local de trabalho; e
- * recebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou confiança.

Com base nos fundamentos legais acima expostos, passamos a responder as perguntas em tese:

1) Os valores descontados de verbas de caráter não permanente, sem a necessária autorização do servidor público, integram a base de cálculo para a

composição da média em benefícios futuros de aposentadoria?

Não, se forem parcelas remuneratórias pagas em decorrência do local de trabalho e do exercício de cargo em comissão ou confiança, que **devem ter a anuência expressa do servidor**, nos termos da Lei nº 10.887/2004 combinada com a ON nº 01/2007 – SPS; o que resulta na **impossibilidade de integrá-las na base de cálculo para efeitos de aposentadoria**.

Não, se forem **verbas de caráter não permanente**, que por lei e pela sua própria **natureza** são impedidas de compor a base cálculo, independente de opção expressa do servidor; **não integram à base de cálculo para efeitos de aposentadoria**, de acordo com a Lei nº 10.887/2004 c/c ON nº 01/2007 – SPS, quais sejam:

- * diárias para viagens;
- * ajuda de custo em razão de mudança de sede;
- * indenização de transporte;
- * salário família;
- * auxílio alimentação;
- * auxílio creche;
- * abono de permanência; e
- * indenizatórias.

2) O servidor público pode requerer a devolução de valores descontados (contribuição previdenciária) das verbas de caráter não permanente, sem a sua autorização?

Sim pode, se estas parcelas forem decorrentes de local de trabalho, exercício do cargo em comissão ou função de confiança, e o mesmo **não tiver interesse em optar pela inclusão destas na base de cálculo de contribuição**, ou quando estas verbas de caráter não permanente que por sua **natureza** são impedidas de compor a base cálculo, independente de opção expressa do servidor, nos termos da Lei nº 10.887/2004 combinada com a ON nº 01/2004 – SPS.

Cabe ao ente orientar e regulamentar o prazo para os requerimentos de inclusão ou de devolução, quando os valores descontados não tiverem a autorização

expressa do servidor.

Todavia, a possibilidade de a Administração anular os próprios atos está a muito consagrada nas Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 346 – A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473 – A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Ressalta-se que em relação ao tema de restituição prevalece o entendimento do Supremo Tribunal Federal segundo o qual:

A Administração pode rever seus atos, quando eivados de nulidade, para sanar irregularidades cometidas em confronto com a lei, devendo as vantagens destes decorrentes, recebidas indevidamente pelo servidor, ser devolvidas ao erário, ainda que caracterizada a boa-fé no recebimento, observado o limite máximo de 10% (dez por cento) da remuneração (REsp 651081/RJ, p. 381).

No caso, incidindo contribuição previdenciária sobre verbas de caráter não permanente, que por lei e pela sua própria natureza são impedidas de compor a base cálculo, independente de opção expressa do servidor; **a própria Administração Pública deverá restituir os seus servidores, visando garantir o devido exercício do princípio da legalidade e da moralidade administrativa, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal combinado com os artigos 4º e 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa).**

3) Há prazo para o servidor formalizar a opção pela contribuição previdenciária sobre verbas de caráter não permanente?

A Prof.^a Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001:198) elucida:

Um primeiro aspecto ao qual concerne a discricionariedade é concernente **ao momento da prática do ato**. Se a lei nada estabelece a respeito, a Administração escolhe o momento que lhe pareça **mais adequado para atingir a consecução de determinado fim**.

A fonte da discricionariedade **é a própria lei**; aquela só existe nos espaços deixados por esta. Nesses espaços, a atuação livre da Administração é previamente legitimada pelo legislador.

É amplo o âmbito de atuação discricionária da Administração Pública. **Só que a discricionariedade nunca é total, já que alguns aspectos são sempre vinculados à lei.** (grifado)

A tese postulada contempla a possibilidade de haver a discricionariedade do servidor, mediante lei, em optar pela inclusão na base de cálculo para os casos de parcelas decorrentes de local de trabalho, exercício do cargo em comissão ou função de confiança.

Neste sentido, obtêm-se a seguinte resposta.

Não há prazo para o servidor em exercício formalizar a sua opção, porque depende da vontade do mesmo em optar nas situações permitidas por lei (decorrentes de local de trabalho, exercício do cargo em comissão ou função de confiança), como exemplo, o servidor que já exerce cargo em comissão (e não contribui para previdência) e opta, expressamente, que a partir do próximo mês seja descontada a alíquota contributiva previdenciária. Ou seja, o servidor está no exercício e antes não tinha o interesse de contribuir (mas já poderia contribuir) e optou incluir este desconto só a partir do mês subsequente.

Em relação à opção tardia (questão nº 2) reitera-se que caberá ao ente orientar e/ou regulamentar o prazo para opção do servidor.

4) A média das remunerações somente deve ser considerada para a percepção do benefício de aposentadoria ou também se estende aos demais benefícios previdenciários, considerando o que dispõe o inciso X do artigo 1º da Lei nº 9.717/1998?

A Emenda Constitucional nº 41/2003 criou a apuração pela média

contributiva para os cálculos de proventos de aposentadoria nos casos previstos pelo §3º do artigo 40 (invalidez, compulsória e voluntária) da Constituição Federal , com redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003 e no artigo 2º (regra de transição) desta mesma Emenda, conforme os anexos I, II e IV do Informe de Previdência no Serviço Público – Ano 1, número 01, maio/junho 2004, abaixo demonstrados. Os demais benefícios não se enquadram ao cálculo de provento realizado pela média aritmética simples.

É o parecer que se submete à apreciação superior.

Coordenadoria de Controle de Atos de Pessoal, em Cuiabá,
18/02/2008.

Áurea Maria Abranches Soares
Técnico Instrutivo e de Controle

Excelentíssimo Conselheiro:

Realizada a análise na forma prevista no inc. III, do Art. 137, da Resolução nº, 14/2007, confirmamos o relatório técnico às fls.11-21/TCE e encaminhamos os autos à apreciação de Vossa Excelência conforme o disposto no Art. 236, da Resolução mencionada

Coordenadoria de Controle de Atos de Pessoal, em Cuiabá,
18/02/2008.

Nair Ferreira de Sales
Coordenadora de Controle de Atos de Pessoal

