

PROCESSO Nº : 6.890-0/2010
INTERESSADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
ASSUNTO : CONSULTA
RELATOR : CONSELHEIRO HUMBERTO BOSAIPO
PARECER Nº : 063/2010

Excelentíssimo Senhor Conselheiro:

Retorna a esta Consultoria Técnica consulta formulada pelo Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador José Silvério Gomes, à fl. 02 TC, referente ao entendimento deste Tribunal sobre os seguintes questionamentos:

- 1) a fórmula de cálculo com a utilização da média contributiva e pagamento de direitos trabalhistas a magistrados e a servidores que se aposentam por falta de saúde ou compulsoriamente que não atendem completamente as exigências legais de tempo de serviço/contribuição e idade;
- 2) a inclusão das verbas referentes ao auxílio-moradia e auxílio-transporte nas aposentadorias para os servidores e magistrados.

Inicialmente, a Consultoria Técnica solicitou instrução complementar da Secretaria de Controle Externo de Atos de Pessoal, setor competente para analisar e instruir os processos de concessão de aposentadoria e pensão, nos moldes do art. 234, inciso II e §2º do RITCMT.

Em resposta, a competente Secretaria assim concluiu:

- 1) O servidor ou magistrado que se encontrar incapaz para o exercício de suas atividades e insuscetíveis de recuperação poderá requerer a aposentadoria com

proventos proporcionais, independentemente de atender completamente as exigências legais de tempo de serviço/contribuição e idade integrais, se acometido com as doenças previstas em lei.

Para os proventos das aposentadorias concedidas a partir de 20 de fevereiro de 2004 que forem concedidas com base na média contributiva, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações ou subsídios utilizados como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondente a oitenta por cento de todo período contributivo desde a competência julho de 1994, ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

2) A aposentadoria compulsória concedida a magistrado, por interesse público, decorrente de ato punitivo da administração judiciária (art. 93, inciso VIII da Constituição da República e art. 42, inciso V, da Lei Complementar nº 35/79) deve ser calculada proporcionalmente ao tempo de serviço do magistrado, tendo como base o tempo de 35 anos para homens e 30 para mulheres, convertendo-se anos e meses em dias, considerando o ano civil 365 dias.

3) Sobre a inclusão de verbas referentes ao auxílio-transporte e auxílio-moradia nas aposentadorias, assim como a utilização da média contributiva para servidores e magistrados, informou a citada Secretaria de Controle Externo que a Consultoria Técnica deste Tribunal já emitiu Parecer nº 90/2009.

Após este breve relatório, segue manifestação final.

1) Aposentadoria por invalidez e compulsória. Forma de cálculo.

A primeira indagação proposta versa sobre a forma de com a utilização da média contributiva e pagamento de direitos trabalhistas a magistrados e servidores que se aposentaram por falta de saúde ou compulsoriamente, sem atender integralmente as exigências de tempo de serviço/contribuição e idade.

Ressalte-se, de início, que os proventos da inatividade devem ser calculados

conforme a lei vigente ao tempo em que houve o preenchimento dos requisitos necessários à aposentação. Esta é a orientação sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula 359, que transcrevemos abaixo com a redação atual:

"Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários." (Súmula 359)

No que concerne à aposentadoria por falta de saúde ou invalidez permanente, a Constituição Federal garante aos servidores proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei (art. 40, §1º, inciso I).

Deve-se destacar que os magistrados seguem estas mesmas regras, por força do art. 93, inciso VI da Constituição Federal que prevê a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes nos moldes do disposto no art. 40.

Dessa forma, a regra é a de que o cálculo dos proventos de aposentadoria para servidores e magistrados que se aposentam por motivo de saúde deve ser proporcional ao tempo de contribuição. A exceção ocorre para aqueles acometidos por determinadas doenças, previstas em lei, que por sua gravidade ou pelo risco de contaminação, a lei permite a aposentadoria com proventos integrais.

No Estado de Mato Grosso, como bem destacou a Secretaria de Controle Externo de Atos de Pessoal, a Lei Complementar Estadual nº 04/90, em seu art. 213, §1º, considera como doenças graves, contagiosas ou incuráveis as seguintes: tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, expondiloartrose anquilorante, nefropatia grave, estado avançado do mal de Paget, osteíte deformante, síndrome da imunodeficiência adquirida.

Assim, para estes casos e outros que porventura forem previstos em lei, é devido a aposentadoria com proventos integrais independentemente de atender completamente as exigências legais de tempo de serviço/contribuição e idade, conforme art. 217 da Lei Complementar Estadual nº 04/90:

Art. 217 O servidor aposentado com provento proporcional ao tempo de serviço, se acometido de qualquer das moléstias especificadas no Artigo 213, § 1º, passará a perceber provento integral.

Neste sentido, já decidiu o STF:

Aposentadoria – Invalidez – Proventos – Moléstia grave. O direito aos proventos integrais pressupõe lei em que especificada a doença. Precedente citado: RE 175.980/SP (DJ de 20-2-98).” (RE 353.595, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-5-05, 1ª Turma, DJ de 27-5-05)

Assim, infere-se que a aposentadoria por invalidez do servidor e magistrado deve ser calculada proporcionalmente ao tempo de contribuição, salvo se o beneficiário for acometido com algumas das doenças previstas na legislação específica, percebendo, nestes casos, proventos integrais.

No caso da aposentadoria pela média contributiva, bem asseverou a Secretaria de Controle de Atos de Pessoal em seu Parecer nº 53/2010:

Para os proventos das aposentadorias concedidas a partir de 20 de fevereiro de 2004, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações ou subsídios, utilizados como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado; correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da

contribuição, se posterior àquela competência.

No que concerne à aposentadoria compulsória, estabelece a Constituição da República que ao completar setenta anos de idade, os servidores titulares de cargos efetivos e magistrados receberão proventos proporcionais ao tempo de contribuição (art. 40, §1º, inciso II, da CF).

Ressalta-se que é entendimento pacífico que os servidores vitalícios também estão sujeitos à aposentadoria compulsória, conforme dispõe a Súmula 36 do STF:

Servidor vitalício está sujeito à aposentadoria compulsória, em razão da idade.

Para aqueles que irão aposentar-se pela média contributiva, a base de cálculo é a média aritmética simples das maiores remunerações ou subsídios, utilizados como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdências a que esteve vinculado, correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência.

Deve-se destacar que há ainda a aposentadoria compulsória concedida a magistrado por interesse público, decorrente de processo disciplinar fundado em decisão de maioria absoluta do respectivo Tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça (art. 93, VIII da CF). Para estes casos, o Conselho Nacional de Justiça entendeu que a aposentadoria compulsória deve ser calculada proporcionalmente ao tempo de serviço de magistrado, conforme decisão abaixo:

Aposentadoria como sanção. Modo de cálculo dos proventos *Pedido de Providências. Consulta. Magistrado. Aposentadoria como sanção disciplinar. Modo de cálculo.* – “O tempo a ser considerado, para fixação do valor dos proventos de aposentadoria voluntária ou involuntária (inclusive compulsória), será o tempo do serviço, excluídas as contagens

fictícias, só se considerando o tempo de contribuição a partir da vigência de norma regulamentadora do novo regime previdenciário dos servidores efetivos, extensivo à Magistratura Nacional” (CNJ – PP 200830000000346 – Rel. Designado Cons. Antonio Umberto de Souza Júnior – 69ª Sessão – j. 09.09.2008 – DJU 26.09.2008).

2) Inclusão das verbas referentes ao Auxílio-moradia e Auxílio-transporte

A indagação versa sobre a inclusão das verbas referentes ao auxílio-moradia e auxílio-transporte nos proventos de aposentadorias de servidores e magistrados.

Não se pode esquecer que, conforme dito anteriormente, os proventos da inatividade devem ser calculados obedecendo a lei vigente em que houve o preenchimento dos requisitos necessários à aposentação.

Deve-se apontar, ainda, que o sistema previdenciário brasileiro está sedimentado no princípio contributivo, ou seja, a previdência deve se sustentar com seus próprios recursos, que consistem nas contribuições vertidas para o sistema. É o que se depreende da leitura do art. 40, *caput*, juntamente com o art. 93, inciso VI, todos da Constituição Federal:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de **caráter contributivo** e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (grifamos)

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

...

VI - a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no Art. 40;

Nos termos do caráter contributivo previsto constitucionalmente, a base de cálculo das contribuições previdenciárias deve ser o somatório das verbas que serão levadas para a inatividade, ou seja, o servidor ou magistrado só poderá aposentar-se com as parcelas pelas quais efetivamente houve recolhimento previdenciário.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que somente as parcelas incorporáveis sofrem a incidência de contribuição previdenciária, conforme consta do julgado abaixo:

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Contribuição social incidente sobre o abono de incentivo à participação em reuniões pedagógicas. Impossibilidade. Somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária.” (RE 589.441-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-12-2008, Segunda Turma, *DJE* de 6-2-2009.)

Feitas estas considerações gerais e tendo em vista a existência de diplomas legais específicos para a magistratura, elaborou-se a resposta em separado, para que se obtenha maior clareza sobre cada situação.

Segue, portanto a análise deste questionamentos sobre a inclusão das referidas verbas aos proventos de magistrados e, posteriormente, a resposta quanto aos servidores efetivos.

2.1) Magistrados

O auxílio-moradia e auxílio-transporte são vantagens previstas aos magistrados,

conforme dispõe a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Lei Complementar 35/79, em seu art. 65 nos seguintes termos:

Art. 65 - Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens:

I - ajuda de custo, para despesas de transporte e mudança;

II - ajuda de custo, para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do Magistrado.

...

§ 3º Caberá ao respectivo Tribunal, para aplicação do disposto nos incisos I e II deste artigo, conceder ao Magistrado auxílio-transporte em até 25% (vinte e cinco por cento), auxílio-moradia em até 30% (trinta por cento), calculados os respectivos percentuais sobre os vencimentos e cessando qualquer benefício indireto que, ao mesmo título, venha sendo recebido. (VETADO). ([Execução suspensa pela Res/SF nº 31/93](#))

Para os magistrados mato-grossenses, a Lei Complementar Estadual nº 242/2006 prevê no art. 5º que as verbas indenizatórias do **auxílio-moradia**, **auxílio-transporte** e outras previstas na legislação quando da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/2003, calculadas doravante sobre o subsídio, não seriam computadas para efeito dos limites remuneratórios de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal. Vejamos o teor do citado dispositivo:

Art. 5º As verbas indenizatórias do auxílio-moradia, auxílio-transporte e outras previstas na legislação quando da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/2003, calculadas doravante sobre o subsídio, não serão computadas para efeito dos limites remuneratórios de que trata o art. 37, XI, como autoriza o § 11 do referido artigo, todos da Constituição Federal, com alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 47, de 05 de junho de 2005.

Esta Corte de Contas, nos termos da Resolução de Consulta nº 29/2009, concluiu pela legalidade do pagamento de verbas de caráter indenizatórias instituídas por lei, como é o caso do auxílio-transporte e do auxílio-moradia, aos magistrados mato-grossenses da ativa, desde que tenha como por escopo indenizar os magistrados pelos gastos realizados pelo exercício de seu cargo, devendo cessar o recebimento quando não mais existente o fato gerador, da seguinte forma:

“Diante de sua natureza, as indenizações não são passíveis de incorporação à remuneração dos servidores, bem como não estão sujeitas à incidência de contribuição previdenciária e descontos relativos ao imposto sobre a renda.

...

Deste modo, parece lícito concluir que é legal o pagamento de verbas de caráter indenizatórias instituídas por lei, como é o caso do auxílio-transporte e do auxílio moradia aos magistrados mato-grossenses, desde que se objetive apenas restituir o Magistrado por gastos em razão do exercício das atribuições do cargo, devendo o gestor fazer cessar o pagamento quando não mais presente o seu fato gerador”.

Nesses termos, aprovou-se, por meio da Resolução de Consulta nº 29/2009, ementa que firmou os seguintes entendimentos sobre o recebimento do auxílio-moradia e auxílio-transporte:

3) É legal o recebimento do auxílio-transporte pelos magistrados de Mato Grosso, pois tal verba indenizatória tem previsão na LOMAN e na legislação estadual, sendo, inclusive paga aos membros do Ministério Público do Estado de Mato Grosso, porém seu pagamento encontra-se suspenso por força de decisão do Conselho Nacional de Justiça nos autos de Correição nº 8.231/2007; 4) É legal o recebimento de auxílio-moradia pelos magistrados de Mato Grosso, conforme previsão expressa na LOMAN e na legislação estadual, sendo, inclusive paga aos membros do Ministério Público do Estado de Mato Grosso, contudo, ressalva-se que o

pagamento está sendo efetuado aos magistrados mato-grossenses por forças de decisões do Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Seguranças nºs 27.460-3, 27.511-1 e 27.665-7.

Assim, concluiu o TCE/MT, conforme referido na Resolução de Consulta supracitada e com base na Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN), que os magistrados tem direito aos auxílios-moradia e transporte enquanto presentes os fatos geradores. Seguem os dispositivos da LOMAN que tratam do recebimento destas verbas indenizatórias:

Art. 65 - Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens:

- I - ajuda de custo, para despesas de transporte e mudança;
- II - ajuda de custo, para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do Magistrado.

No caso dos magistrados mato-grossenses, os auxílios foram incorporados aos proventos de aposentadoria por conta de previsão no Código de Organização Judiciária – COJE, consubstanciada na Lei Estadual 4.964/85 que assim dispõe em seu artigo 197:

Art. 197 Todas as vantagens percebidas pelo Magistrado, na data de sua aposentadoria, ficarão incorporadas aos proventos bem como as que, em leis posteriores forem concedidas ao Magistrado em atividade.

Imperioso ressaltar que tal dispositivo não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois permite que vantagens recebidas por magistrados, pelas quais nunca houve incidência de contribuição previdenciária, fossem levadas à inatividade, ferindo o princípio contributivo, previsto no art. 40, o qual fundamenta todo o sistema previdenciário brasileiro.

Neste contexto, há inúmeras decisões do Conselho Nacional de Justiça e do

Supremo Tribunal Federal considerando ilegais o recebimento de tais parcelas aos proventos de aposentadorias e pensões conforme passa-se a expor.

De acordo com decisão do Conselho Nacional de Justiça¹ que se manifestou de forma específica aos magistrados mato-grossenses, a concessão deste auxílio-moradia de forma indiscriminada é ilegal, jamais podendo ser incorporada no subsídios:

“Dessa forma, concluo que a concessão do auxílio moradia, nos termos da LOMAN e do art. 215 da **Lei Complementar Estadual 4.964, de 26.12.85**, pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso, somente deverá ser considerada legal quando indenizatória e transitória, para magistrados de 1º grau **que não possuam residência própria ou oficial na Comarca, jamais, porém, podendo incorporar-se aos subsídios**. Nessas hipóteses, nos termos constitucionais e legais – por se tratar de verba indenizatória – não estará sujeita ao teto remuneratório constitucional” (CNJ – PCA 440 – Rel. Cons. Alexandre de Moraes – 6ª Sessão Extraordinária – j. 06.03.2007 – DJU 15.03.2007 – Parte do voto do relator). (grifamos)

Em outra oportunidade, manteve este mesmo entendimento:

“O auxílio moradia está previsto na LOMAN (art. 65, II), devendo ser mantido o

1 Sobre a competência do Conselho Nacional de Justiça, segue artigo da Constituição Federal acrescido Art. 103-B ...

...

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

...

V rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

seu pagamento – porém, nos moldes compatíveis com o seu imanente **caráter indenizatório**. Nesta esteira, a Res. 13 do CNJ, em seu art. 8º, inciso I, alínea “b”, determina a sua não-sujeição ao teto remuneratório, em razão de sua natureza indenizatória. **Porém, o seu pagamento de forma indiscriminada deve ser coibido**. O próprio COJE, em seu artigo 57, dispõe que o auxílio-moradia deve ser pago ao **“magistrado em efetivo exercício, que não dispuser de residência oficial”** (CNJ – PCA 486 – Rel. Cons. Eduardo Lorenzoni – 13ª Sessão Extraordinária – j. 05.06.2007 – DJU 21.06.2007 – Ementa não oficial).

Desta forma, por ter caráter indenizatório e transitório, tal verba não deve ser levada para inatividade, conforme decisão do Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

O STF também posicionou-se no mesmo sentido, conforme julgado abaixo:

“A *ratio* subjacente ao art. 65, II, da Loman, que também está presente na própria deliberação emanada do E. CNJ, apoia-se na circunstância de que a ajuda de custo, para moradia, destina-se a indenizar, de modo estrito, o magistrado que não dispõe, na localidade em que exerce a jurisdição, de casa própria ou de residência oficial ou, ainda, de imóvel posto à sua disposição pelo poder público. **O que não parece razoável, contudo, é deferir-se auxílio-moradia a juízes que já se achem aposentados, não mais estando, em consequência, no efetivo exercício da função jurisdicional, pois a situação de inatividade funcional descaracterizaria a própria razão de ser que justifica a percepção da mencionada ajuda de custo.**” (MS 28.135-MC, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello, no exercício da presidência, julgamento em 17-7-2009, *DJE* de 5-8-2009.) (grifamos)

Ademais, tais parcelas fogem do limite remuneratório previsto no art. 37, inciso XI da Constituição Federal, por se tratarem de verbas de natureza indenizatórias, de caráter transitório, sendo lícito o seu recebimento apenas no exercício do cargo e desde que

obedecidos os requisitos legais de cada parcela especificadamente.

Informa-se, contudo, que os magistrados mato-grossenses insurgiram-se contra as decisões do CNJ que determinaram a supressão do auxílio-moradia por meio de vários Mandados de Segurança junto ao Supremo Tribunal Federal.

De forma geral, o STF concedeu e, posteriormente, manteve as liminares (Mandados de Seguranças nºs 27.460-3, 27.511-1 e 27.665-7) que determinaram a continuidade no pagamento do auxílio-moradia pois não houve a observância do contraditório e ampla defesa, suspendendo, portanto, os efeitos da decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça para os magistrados que ingressaram com ações judiciais. Ressalta-se, contudo, que as ações de Mandado de Segurança foram arquivadas, sem que a Corte Suprema houvesse apreciado a constitucionalidade no recebimento destas parcelas pelos magistrados aposentados.

Entende-se, portanto, que somente será legal o recebimento do auxílio-moradia por parte magistrados aposentados que estiverem amparados por decisões judiciais.

Portanto, até a decisão final do CNJ e dos Tribunais Superiores, tal verba poderá ser paga aos magistrados mato-grossenses, inclusive aos inativos, que foram alcançados por decisões judiciais, conforme decidiu o STF nos processos citados.

Como regra geral, merece destaque, também, que o TCU possui vários julgados denegando registro aos atos concessórios de aposentadorias e pensões em que o auxílio-moradia foi incorporado aos proventos e aos benefícios, haja vista que esta verba não tem caráter remuneratório. Vejamos algumas dessas decisões:

6. Diante do que dispõem as Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ns. 13 e 14, atualmente em vigor, ambas de 21/3/2006, não remanescem dúvidas de que **o auxílio-moradia é verba de natureza**

indenizatória. Tais normativos tratam da regulamentação do limite de remuneração disposto no art. 37, inciso XI, da CF/1988 c/c a Lei n. 11.143/2005.

7. A Resolução CNJ n. 13 tratou da aplicação do teto constitucional aos membros da magistratura, dispondo, dentre outros preceitos, que os magistrados são remunerados por meio de subsídio, em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, de qualquer origem (art. 3º).

8. O art. 8º daquela resolução dispôs expressamente as verbas indenizatórias que ficaram excluídas da incidência do teto remuneratório constitucional, quais sejam: ajuda de custo para mudança e transporte; auxílio-moradia; diárias; auxílio-funeral; indenização de férias não gozadas; indenização de transporte; outras parcelas indenizatórias previstas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN).

9. De outro lado, a Resolução CNJ n. 14 cuidou da aplicação do teto constitucional aos servidores do Poder Judiciário e para a magistratura estadual, nos Estados que não adotam o subsídio. O art. 4º desta resolução igualmente descreveu as verbas indenizatórias que não são computadas para efeito do cálculo do teto constitucional, repetindo aquelas previstas no art. 8º da Resolução CNJ n. 13, acrescida das seguintes: auxílio-alimentação; auxílio-reclusão; auxílio-transporte e licença-prêmio convertida em pecúnia.

10. Por certo, assim, diante do que definem as mencionadas normas, o auxílio-moradia não tem caráter remuneratório, não se incorporando aos vencimentos dos servidores e, por conseguinte, aos proventos dos inativos.

11. Essa questão já foi enfrentada por esta Casa no julgamento do TC 014.466/2002-2, que tratou de Representação formulada por unidade técnica do TCU sobre possíveis irregularidades praticadas pelo TRT-3ª Região [Acórdão 251/2004-Plenário].

[...]

13. Com efeito, a Lei n. 10.474/2002 não autoriza a inclusão nos proventos dos inativos da parcela referente ao auxílio-moradia. Verifico que essa lei limitou-se a definir que a remuneração da magistratura da União absorveria todos e quaisquer reajustes remuneratórios percebidos ou incorporados pela categoria, a qualquer título, por decisão administrativa e judicial. Contudo, como visto, o auxílio-moradia tem natureza jurídica de indenização.

**Informações [AC-2381-27/07-1](#) Sessão: 14/08/07 Grupo: II Classe: V
Relator: Ministro MARCOS BEMQUERER COSTA - Registro de Atos –
Representação.**

Título INCORPORAÇÃO A VENCIMENTOS, PROVENTOS OU PENSÃO
Texto O auxílio-moradia é verba de natureza indenizatória, sendo ilegal sua incorporação aos vencimentos, proventos e em benefício pensional.
Controle 2117 4 2 2 5.00 0
Datas Última alteração do texto: 29/10/08

No que tange ao recebimento do auxílio-transporte, há decisões da Corte Suprema entendendo ser ilegal o recebimento mensal e permanente desta indenização a magistrados. Vejamos trecho destes julgados:

(...) Inicialmente, observo que o art. 65, I, da LOMAN, dispõe que poderá ser paga aos magistrados, além dos vencimentos, 'ajuda de custo, para despesas de **transporte** e mudança'. Tal dispositivo, à primeira vista, não autoriza o pagamento mensal de **auxílio-transporte**. Tanto é assim, que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Representação 1.417/DF, Rel. Ministro Moreira Alves, declarou a inconstitucionalidade do § 3º, do art. 65 da LOMAN (introduzido pela LC54/86), o qual concedia **auxílio-transporte** aos magistrados. No mesmo sentido: MS 20.939/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho. De outro lado, exercendo um juízo de cognição sumária, constato que o art. 8º, I, f, da Resolução 13/2006 do CNJ, exclui da incidência do teto remuneratório constitucional a 'indenização de **transporte**', consubstanciada na autorização de reembolso das despesas comprovadas com deslocamento de servidores e magistrados, mas não o

pagamento mensal e permanente de '**auxílio-transporte**'. Isto posto, ausente o *fumus boni iuris*, indefiro o pedido liminar, sem prejuízo de melhor exame da questão quando do julgamento do mérito do presente mandado de segurança. (Ministro RICARDO LEWANDOWSKI – MS nº 27.935 MT MC Dje 066 7/4/09). (grifos originais)

Desta forma, se o auxílio-transporte não deve ser incorporado na atividade, também não poderá ser levado para inatividade.

Importante mencionar que a inconstitucionalidade do §3º do art. 65 da LOMAN, a que faz menção a decisão acima, ocorreu porque o referido dispositivo tratava do percentual de cada verba que deveria incidir sobre os vencimentos dos magistrados (no caso, 25% de auxílio-transporte e 30% de auxílio-moradia). Esta previsão em lei nacional, conforme entendimento do STF, violou a competência dos entes federativos em regulamentar tal matéria. Posteriormente, o Senado Federal determinou a suspensão deste dispositivo, por meio da Resolução nº 31/93.

Merece destaque, contudo, que o direito ao recebimento do auxílio-moradia e auxílio-transporte na atividade foi mantido (art. 65, incisos I e II da LOMAN), e devem ser calculados com base nos percentuais definidos pela legislação específica dos Estados Federados.

Assim, respondendo-se de forma objetiva à dúvida do consulente, conclui-se que é legal o recebimento de auxílio-moradia e do auxílio-transporte na atividade, quando destinados a reembolsar as despesas com moradia e transporte, uma vez que se tratam de verbas indenizatórias e transitórias, não podendo, portanto, incorporarem aos subsídios, ressalvados os casos em que há decisão judicial determinando o pagamento das referidas verbas.

2.2) Servidores

Neste tópico, será analisado a inclusão de verbas referentes ao auxílio-moradia e auxílio-transporte nas aposentadorias e pensões dos servidores do Poder Judiciário.

A Lei Estadual nº 8.814/2008, que institui o Sistema de Desenvolvimento de Carreiras e Remuneração (SDCR) dos Servidores do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso não prevê o pagamento de auxílio moradia e auxílio transporte, devendo-se aplicar, de forma subsidiária, o Estatuto dos Servidores Públicos Estaduais, conforme prevê o art. 66:

Art. 66 Aplica-se, subsidiariamente a esta lei, o Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado de Mato Grosso.

De forma expressa, a Lei Complementar nº 04/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Estaduais), veda a incorporação de indenizações aos vencimentos ou proventos dos servidores. Vejamos a redação do dispositivo:

Art. 70 Além do vencimento poderão ser pagas ao servidor as seguintes vantagens:

I - indenizações;

II - gratificações e adicionais.

Parágrafo único A indenização não se incorpora ao vencimento ou provento para qualquer efeito.

Este mesmo diploma não prevê o pagamento de auxílio-moradia, mas regulamenta o recebimento de indenização de transporte em seu artigo 81. Vejamos a redação deste dispositivo:

Subseção III

Da Indenização de Transporte

Art. 81 Conceder-se-á indenização de transporte ao servidor que realizar despesas com a utilização do meio próprio de locomoção para execução de serviços externos, por força das atribuições próprias do cargo, conforme regulamento.

Não há como incorporar-se as referidas parcelas aos proventos de aposentadorias dos servidores, conforme dispõe o parágrafo único do art. 70 do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Mato Grosso.

Oportuno ressaltar que o TCE/MT possui julgados que tratam acerca do tema, ainda que de forma indireta, nos seguintes termos:

Acórdão nº 925/2007 (DOE 27/04/2007). Modifica parcialmente Acórdão nº 145/2004 (DOE 02/04/2004). Previdência. Contribuição. Verba de natureza indenizatória. Não inclusão na base de cálculo da contribuição e benefício, salvo se houver manifesta opção do servidor. Os proventos serão calculados sobre a remuneração do servidor, sem os acréscimos de natureza indenizatória, salvo se este manifestar expressamente seu interesse em contribuir sobre todo o montante recebido para fins de aposentadoria. Nesse caso os proventos serão calculados sobre a média aritmética da remuneração.

Acórdão nº 3.153/2006. Previdência. Contribuição. Hora extraordinária. Não-inclusão na base de cálculo da contribuição.

As horas extraordinárias não integram a base de contribuição à Previdência, visto que tal verba não será levada para a inatividade.

Resolução de Consulta nº 09/2008 (DOE 17/04/2008). Previdência. Contribuição. Média contributiva dos proventos de aposentadoria. Inclusão das parcelas remuneratórias que compõem a base de cálculo

da contribuição previdenciária. Possibilidade de devolução de contribuição sobre parcela de caráter não-permanente, (observada a legislação e as condições). Cálculo de proventos de aposentadoria pela média aritmética simples nos casos previstos na legislação.

1. As parcelas remuneratórias que compõem a base de cálculo da contribuição do servidor, definidas pela legislação do ente federativo, integrarão o cálculo da média contributiva dos proventos de aposentadoria, ressalvando que as parcelas pagas em decorrência de local de trabalho, função de confiança, ou cargo em comissão - se a lei local previr sua inclusão - devem ter autorização expressa do servidor para integrarem a contribuição.

...

4. A média aritmética simples estabelecida pela Lei Federal nº 10.887/2004 será utilizada somente nos cálculos de proventos das aposentadorias previstas no artigo 40, § 1º, incisos I, II e III, e § 5º da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003 e na regra de transição prevista no artigo 2º da mesma emenda.

Dessarte, os servidores que se aposentarem pela média contributiva só poderão levar para inatividade as verbas remuneratórias que serviram de base de cálculo para contribuição do servidor, ressalvadas as verbas pagas em decorrência de local de trabalho, função de confiança, ou cargo em comissão - quando a lei local previr sua inclusão - e que devem ter autorização expressa do servidor para integrarem a contribuição.

Sobre este assunto, o TCU tem reiteradamente decidido pela denegação do registro das aposentadorias e pensões de servidores federais que incluem verbas indenizatórias nos proventos dos inativos. Vejamos:

A parcela de 'Auxílio-moradia' não compõe o teto constitucional, sendo

certo, assim o entendemos, que esse tipo de verba somente é aplicável ao servidor em atividade. **Assim sendo, as concessões ora em exame não merecem prosperar, por falta de amparo legal e por não guardarem consonância com a jurisprudência desta Corte de Contas.” (Decisão n. 57/1994-1C, Ata n. 5/1994)**

Segue este mesmo entendimento o STF, conforme se denota dos julgados abaixo:

EMENTA: SERVIDORES INATIVOS. AUXÍLIO MORADIA. VANTAGEM CONCEDIDA POR LEI PARA OS SERVIDORES NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE POLICIAL. INEXTENSIBILIDADE AOS INATIVOS. ARTIGO 40, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A lei instituidora de vantagem funcional, que tem por pressuposto o exercício da atividade policial, não se estende a quem já se encontrava inativado. O que a norma inscrita no § 4º do art. 40 da Constituição da República deseja é que os benefícios ou vantagens de natureza geral sejam estendidos aos aposentados, **mas não aqueles que dependem do atendimento de condição inscrita na lei.** Recurso conhecido e provido. (RE 19101-8/DF, de 31/10/1997 (Relator Ministro Ilmar Galvão). grifamos

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA A DISPOSIÇÃO LEGAL QUE PROIBE A INCORPORAÇÃO AO PROVENTO DE APOSENTADORIA DA GRATIFICAÇÃO ESPECIAL ATRIBUÍDA AOS SERVIDORES EM EXERCÍCIO EM ZONAS DE FRONTEIRA E EM DETERMINADAS LOCALIDADES, POR OFENSA AO PAR. 4. DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO. 1. O art. 17, "caput", da Lei n. 8.270, de 17.12.91, criou gratificação especial para os servidores federais em exercício nas regiões de fronteira e em determinadas localidades com condições de vida equivalentes. 2. A alínea "b" do parágrafo único do mesmo artigo e o par. 4. do art. 1. do Decreto n. 493, de 10.04.92, não permitem, de forma expressa, a incorporação da gratificação aos proventos de aposentadoria

ou disponibilidade e, por omissão, também não permitiram sua incorporação aos vencimentos. Desta forma, a gratificação só é devida "si et in quantum" os servidores tem exercício nos locais indicados. Como a gratificação não se incorpora aos vencimentos, não pode, sob a invocação do princípio da isonomia, ser incorporada aos proventos. **A extensão aos aposentados dos benefícios e vantagens posteriormente criados, como prevê o par.4. do art. 40 da Constituição, e relativa aos de caráter geral, o que exclui situação particulares, como é o caso da gratificação que se destina a compensar o servidor enquanto dura o exercício de trabalho normal em locais anormais, assim considerados pela Lei e pelo Decreto. Nem todos os benefícios concedidos aos servidores em atividade são compatíveis com a situação do aposentado, como é o caso das férias anuais e da gratificação paga "durante o exercício" em locais adversos. Toda incorporação e extensão de vantagens deve ser feita "na forma da lei", e a Lei, no caso, não previu qualquer extensão ou incorporação.** 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente porque são constitucionais a alínea "b" do parágrafo único do art. 17 da Lei n. 8.270/91 e o par. 4. do art. 1. do Decreto n. 493/92 em face do par. 4. do art. 40 da Constituição Federal.

Desta forma, as indenizações de moradia e transporte, quando previstas aos servidores públicos, se destinam tão-somente a compensar gastos pelo exercício de trabalho a serem concedidas obedecendo aos requisitos e critérios previstos em lei, não sendo lícita a incorporação e/ou extensão destas vantagens aos inativos, em observância ao princípio contributivo previsto no art. 40 da Constituição Federal.

De forma resumida, e respondendo à dúvida do consulente quanto à indagação acerca da legalidade da inclusão das verbas referentes ao auxílio-moradia e auxílio-transporte a magistrados e servidores, entende-se que as verbas destinadas a indenizar gastos com transportes e moradia previstos em lei, aplicadas aos servidores e

magistrados em atividade, não podem ser incorporadas nos proventos de aposentadorias e pensões de servidores e magistrados, ressalvados os casos específicos em que houver decisão judicial determinando o seu pagamento.

3. Conclusão

Considerando que não há decisão em processo de consulta neste Tribunal que retrate este assunto de forma específica, sugere-se que, ao julgar o presente processo e em comungando este Egrégio Tribunal Pleno do entendimento delineado neste parecer, seja publicada a seguinte ementa (art. 234, § 1º, da Resolução nº 14/2007):

Resolução de Consulta nº ___/2010. Previdência. Benefício. Forma de cálculo. Aposentadoria por invalidez e compulsória. Auxílio-Moradia e Auxílio-Transporte.

- 1) A aposentadoria por invalidez, seja por servidor ou magistrado, deve ser calculada proporcionalmente ao tempo de contribuição, salvo se o beneficiário for acometido com alguma das doenças previstas na legislação específica, percebendo, nestes casos, proventos integrais.
- 2) Os proventos de aposentadoria de servidores titulares de cargos efetivos e magistrados que se aposentarem compulsoriamente serão calculados proporcionalmente ao tempo de contribuição (art. 40, §1º, inciso II, da CF).
- 3) É legal o recebimento de auxílio-moradia e do auxílio-transporte pelos servidores e magistrados na atividade, quando destinados a reembolsar as despesas com moradia e transporte, uma vez que se tratam de verbas indenizatórias e transitórias, não podendo, portanto, incorporarem aos subsídios, ressalvados os casos em que há decisão judicial determinando o pagamento das referidas verbas.

Posto isso, submete-se à apreciação do Conselheiro relator para decisão quanto à admissibilidade e eventual instrução complementar, sendo encaminhado na sequência ao Ministério Público de Contas para manifestação (art. 236 do RITCMT).

Cuiabá-MT, 01 de julho de 2010.

Bruna Henriques de Jesus Zimmer
Consultora de Estudos, Normas e
Avaliação

Ronaldo Ribeiro de Oliveira
Secretário-Chefe da Consultoria Técnica