

PARECER EM CONSULTA 00021/2019-1 – PLENÁRIO

DOEL-TCEES 18.11.2019 – Ed. nº 1493, p.205

Processo: 08278/2019-1
Classificação: Consulta
UG: IPS/SMJ - Instituto de Previdência Dos Servidores do Município de Santa Maria de Jetibá
Relator: Marco Antônio da Silva
Consulente: DAVID RAASCH

CONSULTA – CONHECER – RESPONDER – CIÊNCIA – ARQUIVAR.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA:

Tratam os presentes autos de **CONSULTA** formulada pelo **Sr. David Raasch**, Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores do Município de Santa Maria de Jetibá – IPS/SMJ, solicitando respostas para suas indagações.

Em ofício enviado a este Tribunal de Contas, o Presidente do Instituto de Previdência descreve que realizou desconto previdenciário sobre a rubrica terço de férias, alegando que não se tinha no ordenamento jurídico pacificação quanto à natureza indenizatória ou remuneratória do terço de férias, e, em razão da oscilação da jurisprudência sobre o assunto a municipalidade realizou os descontos, tendo assim finalizado sua indagação:

[...]

- 1) O desconto previdenciário sobre terço de férias é devido ou não?
- 2) Em caso sendo devido, o servidor terá direito em ser ressarcido dos valores descontados?

Na sequência dos atos e fatos, informa-se que o consulente, em atendimento aos termos da Decisão 01223/2019-1, juntou aos autos o parecer do órgão de assistência técnica e/ou jurídico, restando atendido o disposto no art. 122, § 1º, V da LOTCEES.

Instado a se manifestar, o Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC, nos termos da Instrução Técnica de Consulta 00029/2019-1, quando da análise dos requisitos de admissibilidade, opinou pelo conhecimento da presente consulta.

Na sequência, o Núcleo de Jurisprudência e Súmula, nos termos do Estudo Técnico de Jurisprudência 00024/2019-8, concluiu informando a inexistência de deliberações que respondam ao tema da presente consulta, apenas identificado que o Acórdão TC 243/2013 (TC 3845/2008), em que esta Corte tratou do tema consultado na análise de caso concreto, restou consignado entendimento pela não incidência de desconto previdenciário sobre o terço constitucional de férias.

Ato contínuo, a área técnica, nos termos da Instrução Técnica de Consulta 00030/2019-3, opinou que a presente consulta, quanto ao mérito, seja respondida ao consulente.

O Ministério Público Especial de Contas, através do Parecer 03964/2019-2, de lavra do Procurador Dr. Heron Carlos Gomes De Oliveira, em consonância com o posicionamento técnico, opinou no mesmo sentido.

Conforme regular distribuição vieram os autos a este Magistrado de Contas para emissão de relatório e voto para efeito de deliberação deste Egrégio Tribunal de Contas, na forma do art. 29 do Regimento Interno, Resolução TC nº 261/2013.

É o sucinto relatório.

V O T O

A Consulta foi formulada pelo Sr. **David Raasch**, Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores do Município de Santa Maria de Jetibá – IPS/SMJ, buscando resposta aos questionamentos antes indicados.

1. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE:

Inicialmente, verifico que há necessidade de manifestação acerca dos requisitos de admissibilidade descritos no artigo 122, II, § 1º da Lei Complementar Estadual 621/2012, que assim dispõe:

[...]

Art. 122. O Plenário decidirá sobre consultas quanto às dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:

I - Governador do Estado e Prefeitos Municipais;

II - Presidente da Assembleia Legislativa e de Câmaras Municipais;

III - Presidente do Tribunal de Justiça e Procurador Geral de Justiça;

IV - Procurador Geral do Estado e Defensor Público Geral do Estado;

V - Secretário de Estado;

VI - Presidente das comissões permanentes da Assembleia Legislativa e das Câmaras Municipais;

VII - Diretor presidente de autarquia, fundação pública, empresa estatal e de sociedade de economia mista cujo controle societário pertença ao Estado ou aos Municípios.

§ 1º A consulta deverá conter as seguintes formalidades:

I - ser subscrita por autoridade legitimada;

II - referir-se à matéria de competência do Tribunal de Contas;

III - conter indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada;

IV - não se referir apenas a caso concreto;

V - estar instruída com parecer do órgão de assistência técnica e/ou jurídica da autoridade consulente. – g.n.

Assim, quanto aos requisitos de admissibilidade da consulta formulada, da análise dos autos, em consonância com o entendimento técnico, nos termos da Instrução Técnica de Consulta 00029/2019-1 e do Parecer do Órgão Ministerial, entendo que a mesma deve ser conhecida, vez que estão presentes todos os requisitos de admissibilidade preceituados no artigo 122 antes referido, motivo pelo qual conheço da consulta formulada.

2. DO MÉRITO DA CONSULTA:

Da análise dos autos, verifico que a área técnica, nos termos da Instrução Técnica de Consulta 00030/2019-3, assim manifestou-se, *verbis*:

[...]

III MÉRITO

As indagações apresentadas pelo Consulente giram em torno do desconto previdenciário sobre o abono constitucional de férias, direito este que é garantido aos servidores públicos por força do disposto no art. 39, § 1º, da CF/1988.

No primeiro questionamento indaga o Consulente se “o desconto previdenciário sobre terço de férias é devido ou não”.

Cumpra registrar, inicialmente, que o *desconto previdenciário* tem natureza de tributo, especificamente, de contribuição previdenciária sendo espécie das contribuições sociais. As contribuições previdenciárias destinadas ao custeio do regime próprio previdenciário de servidores públicos, sejam eles estaduais, distritais ou municipais, encontram-se previstas no § 1º do art. 149 da CF/88, *in verbis*:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

Embora a contribuição previdenciária sobre o chamado “terço de férias” tenha, historicamente, rendido discussões doutrinárias e divergências de entendimento entre os Tribunais Superiores, nomeadamente entre o STF e o STJ, tem-se que a questão relativa à possibilidade de incidência sobre o abono constitucional de férias se encontra pacificada desde o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, ocorrido em outubro de 2018, do Recurso Extraordinário RE 593.068, no qual se fixou a seguinte Tese de repercussão geral (Tema 163):

Não incide contribuição previdenciária sobre verba não incorporável aos proventos de aposentadoria do servidor público, **tais como terço de férias,** serviços extraordinários, adicional noturno e adicional de insalubridade (grifo nosso).

Portanto, a partir do pronunciamento do Pretório Excelso, quanto ao Tema 163 de repercussão geral, não subsistem mais dúvidas acerca da não incidência da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias, não podendo haver desconto previdenciário sobre esta verba, restando respondido o primeiro questionamento do Consulente.

A segunda indagação foi assim proposta pelo Consulente: *Em caso sendo devido, o servidor terá direito em ser ressarcido dos valores descontados?*

O questionamento, data vênia, somente faz sentido ao se substituir o termo “devido” por “indevido”, posto que se houvesse a conclusão, no que tange à primeira indagação, de que a contribuição previdenciária sobre o terço de férias é devida, não haveria que se falar em ressarcimento de valores descontados do servidor.

Feito este esclarecimento tem-se que o princípio geral de direito de vedação ao enriquecimento ilícito, segundo o qual ninguém pode se locupletar à custa alheia, é também aplicável à Administração Pública conforme precisa lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Enriquecimento sem causa é o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem, sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea. É perfeitamente assente que sua proscrição constitui-se em um princípio geral do direito.

[...]

Uma vez que o enriquecimento sem causa é um princípio geral de direito - e não apenas princípio alocado em um de seus braços: público ou privado - evidentemente também se aplica ao direito administrativo.

Ainda de acordo com o emérito administrativista o dever de ressarcimento patrimonial pelo ente Estatal “[...] *nada mais representa senão uma aplicação concreta do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição, na qual o princípio da responsabilidade do Estado está consagrado de maneira ampla e generosa, de sorte a abranger tanto responsabilidade por atos ilícitos quanto por atos lícitos (como o seria correta fulminação de atos inválidos) [...]*”.

Assim, tendo em vista que o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do RE 593.068, com fixação de Tese de repercussão geral, trouxe certeza jurídica quanto à inconstitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre o terço de férias, tem-se que os valores descontados a tal título são passíveis de ressarcimento, acrescidos de correção monetária e juros de mora, ao servidor que sofreu tais descontos sob pena de enriquecimento ilícito do ente estatal destinatário da exação.

Entretanto é necessário ponderar-se que o ressarcimento encontra limites temporais a teor do disposto no art. 168 do Código Tributário Nacional, que estabelece o prazo de cinco anos para o exercício do direito de pleitear a restituição de pagamento de tributo indevido. Dessa forma, o ressarcimento não deverá alcançar parcelas cujo recolhimento tenha ocorrido a mais de cinco anos contados retroativamente da data em que se deu o requerimento de restituição pelo interessado.

IV CONCLUSÃO

Por todo o exposto, quanto ao mérito, opina-se que os questionamentos ofertados sejam respondidos nos seguintes termos:

IV.1 - O desconto previdenciário sobre terço de férias é devido ou não?

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário RE 593.068, ocorrido em outubro de 2018, fixou Tese de repercussão geral, resolvendo o Tema 163, estabelecendo que **“não incide contribuição previdenciária sobre verba não incorporável aos proventos de aposentadoria do servidor público, tais como terço de férias, serviços extraordinários, adicional noturno e adicional de insalubridade”**. Portanto não subsiste dúvida de que o desconto previdenciário sobre o abono constitucional de férias é indevido.

IV.2 - Em sendo indevida a contribuição previdenciária sobre terço de férias o servidor terá direito em ser ressarcido dos valores descontados?

Em razão do princípio geral do direito, também aplicável à Administração Pública, que veda o enriquecimento sem causa, e tendo em vista a Tese de repercussão geral fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário RE 593.068 (Tema 163), que **reputou inconstitucional a incidência de contribuição previdenciária sobre o terço de férias, tem-se que os valores descontados a tal título são passíveis de ressarcimento ao servidor que sofreu tais descontos, sendo necessário, entretanto, ponderar-se que o ressarcimento encontra limites temporais a teor do disposto no art. 168 do Código Tributário Nacional, que estabelece o prazo de cinco anos para o exercício do direito de pleitear a restituição de pagamento de tributo indevido. Dessa forma, o ressarcimento não deverá alcançar parcelas cujo recolhimento tenha ocorrido a mais de cinco anos contados retroativamente da data em que se deu o requerimento de restituição pelo interessado.** - g.n.

Por seu turno, o douto representante do Ministério Público Especial de Contas, através do Parecer 03964/2019-2, acompanhando o entendimento da área técnica, pugnou no mesmo sentido.

De uma análise detida destes autos, verifica-se que o consultante objetiva desta Corte de Contas que seja exarada resposta sobre as seguintes indagações, a saber:

- 1) **O desconto previdenciário sobre terço de férias é devido ou não?**
- 2) **Em caso sendo devido, o servidor terá direito em ser ressarcido dos valores descontados?** – g.n.

Verifico, ainda, que o subscritor da Instrução Técnica de Consulta 00030/2019-3, acerca do mérito da presente consulta, assim se posicionou:

[...]

As indagações apresentadas pelo Consulente giram em torno do desconto previdenciário sobre o abono constitucional de férias, direito este que é garantido aos servidores públicos por força do disposto no art. 39, § 1º, da CF/1988.

No primeiro questionamento indaga o Consulente se “o desconto previdenciário sobre terço de férias é devido ou não”.

Cumpra registrar, inicialmente, que o *desconto previdenciário* tem natureza de tributo, especificamente, de contribuição previdenciária sendo espécie das contribuições sociais. As contribuições previdenciárias destinadas ao custeio do regime próprio previdenciário de servidores públicos, sejam eles estaduais, distritais ou municipais, encontram-se previstas no § 1º do art. 149 da CF/88.

[...]

A segunda indagação foi assim proposta pelo Consulente: *Em caso sendo devido, o servidor terá direito em ser ressarcido dos valores descontados?*

O questionamento, data vênia, somente faz sentido ao se substituir o termo “devido” por “indevido”, posto que se houvesse a conclusão, no que tange à primeira indagação, de que a contribuição previdenciária sobre o terço de férias é devida, não haveria que se falar em ressarcimento de valores descontados do servidor.

Feito este esclarecimento tem-se que o princípio geral de direito de vedação ao enriquecimento ilícito, segundo o qual ninguém pode se locupletar à custa alheia, é também aplicável à Administração Pública, uma vez que o enriquecimento sem causa é um princípio geral de direito - e não apenas princípio alocado em um de seus braços: público ou privado - evidentemente também se aplica ao direito administrativo.

Ainda de acordo com o emérito administrativista o dever de ressarcimento patrimonial pelo ente Estatal “[...] nada mais representa senão uma aplicação concreta do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição, na qual o princípio da responsabilidade do Estado está consagrado de maneira ampla e generosa, de sorte a abranger tanto responsabilidade por atos ilícitos quanto por atos lícitos (como o seria correta fulminação de atos inválidos) [...]”.

Assim, tendo em vista que o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do RE 593.068, com fixação de Tese de repercussão geral, **trouxe certeza jurídica quanto à inconstitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre o terço de férias, tem-se que os valores descontados a tal título são passíveis de ressarcimento, acrescidos de correção monetária e juros de mora, ao servidor que sofreu tais descontos sob pena de enriquecimento ilícito do ente estatal destinatário da exação.**

Em assim sendo, denota-se que os dispositivos legais, doutrinas e julgados elencados pelo subscritor da Instrução Técnica de Consulta 00030/2019-3 **respondem aos questionamentos da presente consulta, razão pela qual acompanho o entendimento técnico e do Órgão Ministerial, adotando tal posicionamento como razão de decidir.**

3. DO DISPOSITIVO:

Ante o exposto, acolhendo o posicionamento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas, proponho **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Parecer Consulta que submeto à sua consideração.

MARCO ANTONIO DA SILVA
Conselheiro Substituto

1. PARECER CONSULTA

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **RESOLVEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do **Plenário**, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. CONHECER da presente consulta, formulada pelo **Sr. David Raasch**, Presidente do Instituto de Previdência dos Servidores do Município de Santa Maria de Jetibá – IPS/SMJ, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade;

1.2. NO MÉRITO, respondê-la nos seguintes termos:

1.2.1. O desconto previdenciário sobre terço de férias é devido ou não?

Não, isto porque o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário RE 593.068, ocorrido em outubro de 2018, fixou Tese de repercussão geral, resolvendo o Tema 163, estabelecendo que *“não incide contribuição previdenciária sobre verba não incorporável aos proventos de aposentadoria do servidor público, tais como terço de férias, serviços extraordinários, adicional noturno e adicional de insalubridade”*. Portanto, não subsiste dúvida de que o desconto previdenciário sobre o abono constitucional de férias é indevido;

1.2.2. Em sendo indevida a contribuição previdenciária sobre terço de férias o servidor terá direito em ser ressarcido dos valores descontados?

Sim, em razão do princípio geral do direito, também aplicável à Administração Pública, que veda o enriquecimento sem causa, tendo em vista a Tese de repercussão geral

fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário RE 593.068 (Tema 163), que reputou inconstitucional a incidência de contribuição previdenciária sobre o terço de férias, tem-se que os valores descontados a tal título são passíveis de ressarcimento ao servidor que sofreu tais descontos, sendo necessário, entretanto, ponderar-se que o ressarcimento encontra limites temporais, a teor do disposto no art. 168 do Código Tributário Nacional, que estabelece o prazo de cinco anos para o exercício do direito de pleitear a restituição de pagamento de tributo indevido.

Dessa forma, o ressarcimento não deverá alcançar parcelas cujo recolhimento tenha ocorrido a mais de cinco anos, contados retroativamente da data em que se deu o requerimento de restituição pelo interessado;

1.3. DAR ciência ao Consultante e ao Ministério Público Especial de Contas, **ARQUIVANDO-SE** os presentes autos.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 24/09/2019 – 33ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente), Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

4.2. Conselheiro substituto: Marco Antonio da Silva (relator)

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Presidente

CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA

Relator

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

LUCIANO VIEIRA

Procurador-geral do Ministério Público de Contas

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Secretária-geral das sessões em substituição

Este texto não substitui o publicado no DOEL-TCEES 18.11.2019.