



IPREM

Instituto de Previdência Municipal
Mogi das Cruzes - SP

F. P.G. Proc. 100371/2021
F. P.G.

OFÍCIO Nº 478/21 - IPREM

Ao Sr.

Pedro Ivo Campos Barbosa

Diretor Superintendente

Nesta

Mogi das Cruzes, 21 de dezembro de 2021.

Considerando a disposição do §9º do art. 39 da CF/88, redação dada pela Emenda nº 103/2019, a qual vedou a incorporação de vantagens de caráter temporário ou vinculadas ao exercício de função de confiança ou de cargo em comissão à remuneração do cargo efetivo.

Considerando que, segundo orientação da Nota Técnica SEI nº 12212/2019/ME, as referidas vedações tiveram eficácia plena e aplicabilidade imediata, independentemente de lei regulamentadora¹.

Considerando a redação do *Parágrafo único e caput do art. 74 e §2º do art. 78 do Estatuto dos Servidores Municipais de Mogi das Cruzes (L.C nº 82/2011)*, especificamente referente ao adicional de insalubridade.

Considerando que o adicional de insalubridade vem sendo usado pela CGRH como base de cálculo da remuneração do cargo efetivo, constando inclusive na Certidão de Tempo de Contribuição dos servidores, que recebem tal adicional.

Considerando o *Tema 163 do STF*, o qual fixou a seguinte tese: "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.' " 6. Provimento parcial do recurso extraordinário, para determinar a restituição das parcelas não prescritas, com ementa transcrita abaixo:

¹ Nota Técnica SEI nº 12212/2019/ME



IPREM

Instituto de Previdência Municipal
Mogi das Cruzes -SP

Proc. 700324/2019
F. 05 P.G.

Ementa: Direito previdenciário. Recurso Extraordinário com repercussão geral. Regime próprio dos Servidores públicos. Não incidência de contribuições previdenciárias sobre parcelas não incorporáveis à aposentadoria. 1. O regime previdenciário próprio, aplicável aos servidores públicos, rege-se pelas normas expressas do art. 40 da Constituição, e por dois vetores sistêmicos: (a) o caráter contributivo; e (b) o princípio da solidariedade. 2. A leitura dos §§ 3º e 12 do art. 40, c/c o § 11 do art. 201 da CF, deixa claro que somente devem figurar como base de cálculo da contribuição previdenciária as remunerações/ganhos habituais que tenham "repercussão em benefícios". Como consequência, ficam excluídas as verbas que não se incorporam à aposentadoria. 3. Ademais, a dimensão contributiva do sistema é incompatível com a cobrança de contribuição previdenciária sem que se confira ao segurado qualquer benefício, efetivo ou potencial. 4. Por fim, não é possível invocar o princípio da solidariedade para inovar no tocante à regra que estabelece a base econômica do tributo. 5. À luz das premissas estabelecidas, é fixada em repercussão geral a seguinte tese: "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.' " 6. Provimento parcial do recurso extraordinário, para determinar a restituição das parcelas não prescritas.

(RE 593068, Relator (a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-056 DIVULG 21-03-2019 PUBLIC 22-03-2019).

Considerando os diversos pedidos de revisão dos proventos de aposentadoria de servidores que tiveram judicialmente alterados o valor do adicional de insalubridade.

Considerando o Parecer exarado pela Abipem acerca do assunto, o qual esclareceu que a legislação municipal de Mogi das Cruzes não previu a incorporação dessa vantagem à remuneração no cargo efetivo, não havendo amparo legal em torná-



IPREM

Instituto de Previdência Municipal
Mogi das Cruzes -SP

Proc. 10322/2011
F. 04 P.G. 01

la permanente nos proventos de aposentadoria, considerando-se principalmente aqueles que vão aposentar-se numa regra de integralidade e paridade.

Considerando que há pedidos de aposentadoria pendentes de análise no IPREM, com o adicional de insalubridade fazendo parte da base de contribuição.

Considerando que a matéria tem implicações tanto na esfera funcional quanto na esfera previdenciária do servidor, opinamos sejam os autos enviados à CGRH para o alinhamento do assunto, visando cessar a incidência do adicional de insalubridade como base de cálculo das contribuições previdenciárias e demais providências que entender devidas.

Certa da atenção dispensada à presente, aproveitamos a oportunidade para renovar os protestos de estima e consideração e nos colocar à disposição de quaisquer esclarecimentos.

Lilian de Freitas

Procuradora Jurídica

OAB/SP Nº 206.813



Nota Técnica SEI nº 12212/2019/ME

Assunto: **ANÁLISE DAS REGRAS CONSTITUCIONAIS DA REFORMA PREVIDENCIÁRIA APLICÁVEIS AOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS ENTES FEDERADOS SUBNACIONAIS.**

INTERESSADOS: REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS

SUMÁRIO EXECUTIVO

1. A reforma do sistema de previdência social decorrente da Emenda Constitucional (EC) nº 103, de 12.11.2019, prescreve um conjunto de regras aplicável a todos os entes da Federação, outro conjunto aplicável somente à União Federal, e, por fim, disposições específicas para os entes subnacionais, isto é, aplicáveis somente aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.
2. Numa análise das disposições relacionadas aos entes subnacionais, podemos identificar nessa reforma constitucional, conforme a lição clássica de José Afonso da Silva:
 - (a) normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata;
 - (b) normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata; e
 - (c) normas de eficácia limitada, não autoaplicável, e dependente de complementação legislativa (aplicabilidade diferida).
3. Como todas as normas constitucionais possuem força normativa, acentue-se que as referidas disposições da reforma sempre terão alguma espécie de eficácia.
4. Esta Nota Técnica busca analisar e categorizar as normas da aludida reforma previdenciária conforme a sua eficácia e aplicabilidade em face dos regimes próprios de previdência social dos entes subnacionais, o que tem relevância quanto aos limites e aos resultados da interpretação constitucional.
5. Feitas estas considerações, passemos ao exame das disposições da EC nº 103, de 2019.

I - DAS CLÁUSULAS DE REVOGAÇÃO E DE VIGÊNCIA DA REFORMA

6. Os arts. 35 e 36 da EC nº 103, de 2019, prescrevem normas complementares, contendo cláusula de revogação de dispositivos constitucionais até então em vigor e cláusula de vigência de disposições acrescidas ou alteradas por essa reforma, respectivamente.
7. Em regra, para os RPPS dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, todos os dispositivos da reforma não expressamente ressalvados pelo **art. 36 da EC nº 103, de 12.11.2019, vigoram desde a data de sua publicação**, nos termos de seu **inciso III**.
8. Já para determinados preceitos da reforma, nominados adiante, a cláusula de vigência constante do **inciso II do art. 36 da EC nº 103, de 2019**, estabelece um **período de vacância**, em que o início da produção de efeitos jurídicos dar-se-á somente com a publicação de lei do ente subnacional que promova o seu referendo **integral**.

XIV – DAS INCORPORAÇÕES DE VANTAGENS TEMPORÁRIAS À REMUNERAÇÃO DO CARGO EFETIVO

101. A vedação de incorporação de vantagens de caráter temporário ou vinculadas ao exercício de função de confiança ou de cargo em comissão à remuneração do cargo efetivo, constante do § 9º do art. 39 da Constituição, tem eficácia plena e aplicabilidade imediata, independentemente de lei regulamentadora. A reforma determina a sua aplicação com caráter prospectivo, porquanto o art. 13 da EC nº 103, de 2019, ressalva de sua incidência as incorporações dessa natureza ocorridas até a data de entrada em vigor dessa Emenda, com esta redação:

EC nº 103, de 2019

Art. 13. Não se aplica o disposto no § 9º do art. 39 da Constituição Federal a parcelas remuneratórias decorrentes de incorporação de vantagens de caráter temporário ou vinculadas ao exercício de função de confiança ou de cargo em comissão efetivada até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional.

XV – DOS REGIMES DE PREVIDÊNCIA APLICÁVEIS A TITULARES DE MANDATO ELETIVO

102. De acordo com o art. 14 da EC nº 103, de 2019, consideram-se em extinção os regimes de previdência aplicáveis a titulares de mandato eletivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dada a vedação de adesão de novos segurados e de instituição de novos regimes dessa natureza.

103. É concedida a opção de retirada desses regimes no prazo de cento e oitenta dias, contado da data de entrada em vigor dessa reforma. Caso o segurado exerça a referida opção, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição vertido para tal regime previdenciário de titulares de mandato eletivo do respectivo ente federado, nos termos do § 9º do art. 201 da Constituição.

104. Ainda nos termos do art. 14 da EC nº 103, de 2019, foi prevista uma regra de transição específica para o regime de previdência de que trata a Lei nº 9.506, de 30.10.1997, segundo a qual os segurados do **Plano de Seguridade Social dos Congressistas** que optarem por manter a vinculação a esse regime devem cumprir um pedágio correspondente a 30% (trinta por cento) do tempo de contribuição faltante, na data de promulgação dessa reforma, para a aquisição do direito à aposentadoria de titular de mandato eletivo da **União**, observada a idade mínima de 62 anos, se mulher, e 65 anos, se homem.

105. Acresce que foram preservados os direitos adquiridos em relação às pensões e aposentadorias de titulares de mandato eletivo cujos requisitos tenham sido cumpridos até a entrada em vigor da EC nº 103, de 2019.

106. Todos estes preceitos se aplicam imediatamente com **eficácia plena**.

107. Em relação aos regimes de titulares de mandato eletivo que porventura existam atualmente nos Estados, no Distrito Federal ou nos Municípios, a reforma prescreve uma norma de **eficácia limitada** conducente à disciplina, por lei específica desses entes da Federação, tão somente de **regra de transição** para aqueles que fizerem a opção de permanecer em tais regimes, que por força constitucional passam a ser em extinção. Confira-se:

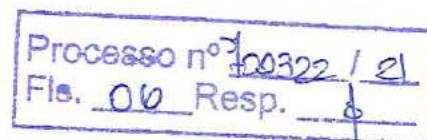
EC nº 103, de 2019

Art. 14. (...).

...

§ 5º Lei específica do Estado, do Distrito Federal ou do Município deverá disciplinar a regra de transição a ser aplicada aos segurados que, na forma do *caput*, fizerem a opção de permanecer no regime previdenciário de que trata este artigo.

108. Cumpre observar ainda que a reforma da EC nº 103, de 2019, constitucionalizou uma regra de filiação previdenciária para o servidor que venha a exercer qualquer mandato eletivo, federal, estadual, distrital ou municipal, porquanto, o servidor, no exercício de mandato eletivo, “na hipótese de ser segurado de regime próprio de previdência social, permanecerá filiado a esse regime, no ente federativo de origem”. A alteração do art. 38 da Constituição, levada a efeito pela EC nº 103, de 2019, tem eficácia plena e aplicabilidade imediata aos Estados, Distrito Federal e Municípios.



Consulta: integração do adicional de insalubridade nos proventos de aposentadoria – revisão de valores

A dúvida que enfrentamos é sobre a sentença judicial que mudou a base de cálculo da insalubridade e agora os dentistas querem esse novo valor na aposentadoria.

Também ainda nesse tema gostaria que a senhora visse esses dois artigos do estatuto dos servidores que explico mais abaixo (possível conflito de normas?).

Os fatos são os seguintes:

Alguns servidores ativos ingressaram com pedido de pagamento da insalubridade apenas em face do Município (o IPREM não foi parte na ação) requerendo o benefício sobre a remuneração do cargo efetivo e não como vinha ocorrendo (sobre o salário-mínimo).

A ação foi julgada parcialmente procedente **para que a insalubridade fosse calculada sobre o salário-mínimo**. Na apelação a ação foi reformada para que o pagamento de insalubridade fosse calculado sobre os vencimentos integrais dos servidores, a partir da L.C nº 82/2011.

O agravo no STF foi desprovido, tendo em vista que implicaria adentrar na legislação municipal. No decorrer da ação alguns servidores se aposentaram.

Os servidores ingressaram com cumprimento de sentença, nada mencionando sobre os que tinham se aposentado, nem falando sobre qualquer dever por parte do IPREM.

Também não foi informado nada sobre a contribuição previdenciária eventualmente devida.

Então, alguns servidores fizeram pedido administrativo no IPREM para que a autarquia revisasse suas aposentadorias para incluir tal valor sobre o cargo efetivo.

Olhamos nas certidões de aposentadoria que serviu de base para a aposentadoria desses servidores e vimos que a insalubridade no percentual de 20% do salário-mínimo foi incluído no cálculo da aposentadoria.

Pois bem, estamos com dúvida de devemos revisar essas aposentadorias (de quem ganhou a ação), tendo em vista os seguintes argumentos:

a) não fomos parte no processo, nem consta na sentença/acórdão que tais valores teriam contribuição previdenciária ou integrariam a aposentadoria;

- b) o IPREM não recebeu qualquer ordem judicial, seja para contestar os cálculos seja para revisar a aposentadoria ou participar sequer do cumprimento de sentença;
- c) aparente conflito entre o P. U do art. 74 e §2º do art. 78 do Estatuto dos Servidores Municipais;
- d) vedação quanto à incorporação de vantagens de caráter temporário, §9º do art. 39 da CF/88, redação EC 103/2019 (não seria vedada a referida incorporação na aposentadoria pela EC nº 103/2019?).

Sendo assim, encaminhamos o pedido de parecer para nos auxiliar nessa questão, se devemos revisar tais aposentadorias, diante dos argumentos lançados.

Encaminho os anexos para auxílio: sentença, acórdão, decisão STF, Estatuto Servidores.

Resposta:

A dúvida suscitada requer algumas considerações preliminares, à luz dos textos constitucionais e da legislação municipal, especialmente nos aspectos funcionais e previdenciários.

A EC no. 20, de 1998, garantiu, no art. 40, o regime próprio de previdência social aos servidores efetivos.

À época de sua edição, muita dúvida surgiu em relação ao disposto no § 2º do art. 40, vigente ainda para aqueles que permanecem seguindo o art. 40, na redação anterior à EC no. 103, de 2019, já que após a emenda é outra a redação do artigo¹.

Dispõe o artigo: *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.***

Logo se vê, que o preceptivo não alude à "última" remuneração no cargo efetivo, mas à remuneração no cargo efetivo, conceito ao qual se deve conferir algum significado.

O dispositivo parece resgatar o comando previsto no § 2º do art. 102 da Constituição Federal de 1967, na redação da EC nº 1, de 1969, segundo o

¹ § 2º Os proventos de aposentadoria não poderão ser inferiores ao valor mínimo a que se refere o § 2º do art. 201 ou superiores ao limite máximo estabelecido para o Regime Geral de Previdência Social, observado o disposto nos §§ 14 a 16. (Redação da EC 103/2019)

qual em caso nenhum, os proventos da inatividade poderiam exceder a remuneração ou vencimentos percebidos na atividade.

À época, 1969, essa proibição, entretanto, não impedia que o servidor levasse para a aposentadoria vantagens temporárias incorporadas, na forma da lei, não pertinentes a seu cargo efetivo, pois era comum que, no mês anterior à aposentadoria do servidor, fixavam-se à sua remuneração todos os benefícios incorporados, conforme determinasse a lei do ente (horas extras e outras vantagens ou adicionais temporários, inclusive o adicional de insalubridade).

Por óbvio, não havia grandes oposições a essas medidas, uma vez que era o Tesouro do ente federativo quem pagava o servidor em atividade e o em inatividade.

Essa foi, pois, a primeira forma de incorporação, ou seja, incorporação de vantagens temporárias para fins de aposentadoria.

Promulgada a Constituição Federal de 1988, tal vedação não foi prevista, de modo que os entes federativos, no exercício de sua autonomia para legislar sobre remuneração de seus servidores estatutários, editaram leis prevendo incorporações - no mais das vezes, **para fins exclusivos de aposentadoria** -, de vantagens não **inerentes ou pertinentes** aos seus cargos efetivos, como horas extraordinárias, gratificações, parcelas pecuniárias relativas ao exercício de cargo em comissão, jornadas extras ou suplementares dos professores, plantões, adicionais de insalubridade, horas extras, etc.

Evidentemente, tais previsões legais acarretavam, em geral, proventos de aposentadoria **maiores** do que a remuneração do servidor em atividade.

A emenda reformadora nº 20, de 1998, ao assegurar o regime próprio aos servidores titulares de cargos efetivos, instituiu o segundo os princípios que regem os regimes previdenciários em geral, destacando-se o princípio da contributividade, o do equilíbrio financeiro atuarial do regime e o da solidariedade - esse último trazido pela EC no.41, de 2003(art. 40, *caput*, da CF na redação da EC 20).

O conceito novo trazido pela Emenda - remuneração no cargo efetivo- está vinculado ao princípio da contributividade/retributividade, previsto no art. 195, § 5º, da Constituição Federal, segundo o qual não há benefício previdenciário sem custeio, de modo que é preciso **criar-se uma base permanente de contribuição previdenciária para que haja a necessária correlação entre custo e benefício.**

Em várias decisões, embora não tratasse especificamente sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido do caráter retributivo do regime de contribuição, em que existe estrita vinculação causal entre a contribuição e o benefício. A contribuição se explica e se justifica ante a perspectiva da sua retribuição em forma de benefício, assim como o benefício somente se torna direito mediante a prévia contribuição. São dois termos da

mesma equação. Um não existe sem o outro. Nem há contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição.²

Portanto, a partir da EC 20, de 1998, não foi mais possível incorporar qualquer vantagem não permanente, portanto, temporária, para fins de aposentadoria.

De sua vez, o § 3º do art. 40, previu que os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, seriam calculados com base na **remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e**, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração.

Com a edição da EC 41, de 2003, foi suprimido o cálculo da totalidade da remuneração no cargo efetivo, para fins de aposentadoria, prevista apenas para a regra transitória do art. 6º da emenda³, e o § 2º do art. 40 **manteve** o limite da remuneração no cargo efetivo para os proventos de aposentadoria e pensões por morte.

Citada emenda estabeleceu como critério de cálculo das aposentadorias, o de média das remunerações que serviram de base das contribuições previdenciárias, em quaisquer dos regimes previdenciários obrigatórios, cuja definição foi estabelecida pela lei federal 10.887, de 2004, que também **manteve** como limite dos proventos e das pensões por morte a remuneração no cargo efetivo⁴.

A segunda forma de incorporação de vantagens temporárias é aquela que se denomina incorporação aos vencimentos ou à remuneração no cargo efetivo, ou seja, incorpora-se a vantagem temporária após cumprimento de alguns requisitos previstos na lei, como prazo de percepção, e após essa incorporação, o servidor, mesmo afastado da situação que ensejou o pagamento da vantagem, continua a percebê-la e, assim, continua a contribuir sobre essa vantagem para fins previdenciários.

Esse tipo de incorporação não estava proibida pela EC 20/98, EC 41/2003, EC 47/2005.

² Recomenda-se a leitura dos julgados do STF nas ADIs 3015, 790, e 2010.

³ Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos **integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria**, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:..

A EC 70, de 2012 previu o mesmo critério, para as aposentadorias por invalidez dos servidores que ingressaram em cargo efetivo até 31.12.2003, assim como a EC 47, de 2005, garantiu esse critério de cálculo para os servidores que tivessem ingressado em cargo efetivo até 16.12.1998.

⁴ O art. 1º em seu § 5º assim dispõe: Os proventos, calculados de acordo com o caput deste artigo, por ocasião de sua concessão, não poderão ser inferiores ao valor do salário-mínimo nem exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.

Nesse ponto, é de se indagar o que é uma vantagem temporária a ser percebida pelo servidor? Vale dizer: como se constituiu o sistema remuneratório do servidor público?

Em nosso artigo publicado recentemente no site do jus Brasil⁵, sobre a incorporação de vantagens dos servidores à remuneração no cargo efetivo, salientamos que:

A doutrina costuma identificar certos adinículos percebidos pelo servidor como vantagens permanentes, a exemplo do adicional por tempo de serviços, que se adita definitivamente ao padrão do cargo em razão exclusiva do tempo de exercício estabelecido em lei para auferimento, de outros denominados pro labore faciendo ou propter laborem, que só devem ser pagos **se e enquanto** o servidor exercer as atividades que as ensejam, **não se incorporando automaticamente ao vencimento**, nem tampouco são auferidas na disponibilidade e na aposentadoria, **salvo** quando a lei expressamente o determina, por liberalidade do legislador [1].

Em geral, como nos ensina a doutrina, essas últimas são as gratificações instituídas pela Administração para recompensar riscos ou ônus decorrentes de trabalhos normais executados em condições anormais de perigo ou de encargos para o servidor, tais como os serviços realizados com risco de vida e saúde ou prestados fora do expediente, da sede ou das atribuições com risco de vida e saúde ou prestados fora do expediente, da sede ou das atribuições ordinárias do cargo [2].

A natureza da maioria dessas gratificações, é, pois, indenizatória e são temporárias, pois atribuídas em casos específicos, para atender a determinadas situações. Exemplos: hora extra, gratificação por serviço noturno, gratificações de insalubridade e periculosidade, jornadas suplementares dos professores, médicos, e outros profissionais da saúde.

Elas só se tornarão permanentes aos vencimentos do servidor se a lei local autorizar. Não havendo essa previsão, cessa o pagamento delas, quando cessado o trabalho que as ensejou. A essas o constituinte derivado, ao editar a EC no. 103, de 2019, vedou a incorporação, ao introduzir o § 9º, ao art. 39 da Constituição Federal, conforme salientaremos ao longo desta manifestação.

Essas são as normas constitucionais a respeito da incorporação de vantagens temporárias para fins de aposentadoria ou à remuneração no cargo efetivo (na atividade) até a edição da EC no. 103, de 2019.

Com relação à legislação infraconstitucional, a Lei no. 9.7176, de 1998, previu no inciso X do art. 1º da Lei nº 9.717, de 1998:

X - vedação de inclusão nos benefícios, para efeito de percepção destes, de parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho, de

⁵ <https://jus.com.br/artigos/92279/rpps-incorporacao-de-vantagens-na-aposentadoria-fora-da-ec-103-2019>

⁶ Referido diploma legal dispõe sobre as regras gerais de organização e funcionamento dos regimes próprios, em observância ao disposto no art. 24, XII e seu § 1º, da Constituição Federal.

função de confiança ou de cargo em comissão, exceto quando tais parcelas integrarem 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; (Redação dada pela Lei no 10.887, de 18/06/2004)

Em observância ao disposto no art. 9º, II, da mesma Lei, a Secretaria editou a Portaria no. 402, de 2008, que estabeleceu no art. 23 o seguinte:

Art. 23.

.....
.....
§ 2º 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 ou de cargo em comissão e do abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003.

§ 3º Compreende-se na vedação do § 2º 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.

§ 4º Não se incluem na vedação prevista no § 2º, as parcelas que tiverem integrado a remuneração de contribuição do servidor que se aposentar com proventos calculados conforme art. 1º da Lei nº 10.887, de 2004, respeitando-se, em qualquer hipótese, como limite máximo para valor inicial do benefício, a remuneração do servidor no respectivo cargo efetivo em que se der a aposentadoria.

§ 5º Considera-se remuneração do cargo efetivo, o valor constituído pelos vencimentos e vantagens pecuniárias permanentes desse cargo estabelecidas em lei de cada ente federativo, acrescido dos adicionais de caráter individual e das vantagens pessoais permanentes.

Dessa forma, não integra a remuneração do cargo efetivo qualquer verba de natureza indenizatória, ou temporária ou a retribuição pelo exercício de cargo em comissão ou função de confiança, exceto se a lei interna de cada ente autorizar a incorporação dessas verbas à remuneração no cargo efetivo.

Como se pode verificar, os estatutos funcionais não costumam definir o que seja a remuneração no cargo efetivo, porque se trata de conceito previdenciário, ou seja, que será utilizado no tratamento das questões previdenciárias dos servidores públicos.

Em geral, as leis internas previdenciárias costumam definir a remuneração no cargo efetivo na forma do § 5º do art. 5º acima reproduzido, ou seja, o **valor constituído pelos vencimentos e vantagens pecuniárias permanentes desse cargo estabelecidas em lei de cada ente federativo, acrescido dos adicionais de caráter individual e das vantagens pessoais permanentes.**

Vale dizer, a remuneração no cargo efetivo está atrelada às parcelas que servirão de base da contribuição previdenciária, porque, como se afirmou acima, o servidor só contribui sobre aquelas vantagens que irá levar para a aposentadoria, com a exceção acima explanada.

De qualquer forma, ainda que o servidor tenha contribuído, sobre parcela temporária, para efeito de aposentar-se pelo regime de média de cálculo dos proventos, a remuneração no cargo efetivo constitui o limite do resultado, nos termos do § 2º do art. 40 da CF, na redação anterior à EC no.103, de 2019, e do § 5º⁷ do art. 1º da Lei no. 10.887, de 2004.

A Nota Técnica no. 77/2014/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS elucida todos esses aspectos, razão pela qual merece reprodução os seguintes excertos:

11. Deve também ser esclarecido que, em razão da limitação estabelecida pelo § 2º do art. 40 da Constituição Federal, pelo § 5º do art. 1º da Lei nº 10.887, de 2004, e da vedação do inciso X do art. 1º da Lei nº 9.717, de 1998, contraria as normas gerais a lei que incluir parcelas temporárias no conceito de remuneração do cargo efetivo ou no rol de vantagens que integram essa remuneração, ou que defina a remuneração do cargo por meio de média em que se incluam também parcelas temporárias.

12. Estão igualmente contrárias à regra geral as previsões de incorporação do valor de parcelas temporárias à remuneração do servidor "para efeito de aposentadoria", explícita ou implicitamente, mesmo que cumprido determinado prazo de carência ou que tenha havido contribuição por determinado tempo.

13. Somente são consideradas parcelas permanentes, integrantes da definição de remuneração no cargo efetivo, conforme o art. 23, § 5º da Portaria MPS nº 402, de 2008, aquelas quanto às quais o servidor tem garantia de seu recebimento enquanto titular do cargo, independentemente de qualquer condição. Ou seja, quando não podem ser excluídas da remuneração, mesmo se afastadas as circunstâncias que determinam seu pagamento, e cuja incorporação à remuneração não esteja vinculada à ocorrência de aposentadoria.

Quanto às demais, ainda que percebidas durante grande parte da vida funcional e mesmo que tenha havido contribuição, a simples possibilidade de serem retiradas impede sua inclusão nos proventos.

14. Na identificação de quais verbas remuneratórias possuem natureza permanente, devem ser identificadas as que são caracterizadas como vantagens integrantes da remuneração de todos os servidores ocupantes do cargo efetivo correspondente, independentemente da mudança do local de trabalho, de produtividade individual ou de outra contingência legalmente definida. Exemplos de parcelas permanentes são as gratificações amplas concedidas a uma determinada categoria, independentemente de qualquer aferição de desempenho individual. Outro são os adicionais por tempo de permanência no cargo ou no serviço público, que se caracterizam como uma vantagem pessoal decorrente do tempo cumprido no cargo e que não será excluído do patrimônio do servidor caso esse tempo tenha sido legalmente averbado nos seus assentamentos funcionais.

⁷ § 5º Os proventos, calculados de acordo com o **caput** deste artigo, por ocasião de sua concessão, não poderão ser inferiores ao valor do salário-mínimo nem exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.

Constata-se, à toda evidência, que o regime próprio de previdência social está vinculado ao regime jurídico-funcional dos servidores (estatutário), de forma que requisitos previstos para a aposentadoria desses servidores, como efetivo exercício no serviço público, carreira, efetivo exercício no cargo efetivo, bem como o sistema remuneratório adotado, com suas peculiaridades, vão repercutir na concessão dos benefícios previdenciários.

Anotamos que o estatuto dos servidores do Município – lei complementar no 82, de 07 de janeiro de 2011 -, adotou um sistema remuneratório onde, além do vencimento do cargo, o servidor pode receber indenizações, gratificações e adicionais (art. 57)

Definiu que vencimento é a retribuição pecuniária básica paga mensalmente pelo exercício do cargo público, com valor fixado em lei (art. 45) e remuneração é o vencimento acrescido das vantagens pecuniárias, incorporadas ou não, estabelecidas em lei (art. 46)

Com relação aos adicionais, o estatuto estabelece que são os seguintes:

- I - por tempo de serviço;
- II - pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;
- III - pela prestação de serviço extraordinário;
- IV - trabalho noturno;
- V - de férias;
- VI - Adicional de local de exercício.

Parágrafo único. Os adicionais previstos nos incisos III a VI do caput deste artigo não se incorporam ao vencimento do servidor para qualquer efeito e não poderão ser utilizadas como base de cálculo para quaisquer outras vantagens, inclusive para fins de cálculo dos proventos da aposentadoria e das pensões.

Com relação ao adicional de insalubridade e periculosidade, a LC 82, 2011, estabeleceu, em sua redação original, que os servidores que trabalham com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de vida, fazem jus a um adicional sobre o vencimento do cargo efetivo.

Posteriormente, a LC 120, de 2015, alterou a base de cálculo do adicional de insalubridade fixando-o na forma prevista na legislação trabalhista, que estabelecer ser o salário-mínimo.

O § 2º prescreve que o direito ao adicional de insalubridade cessa com a eliminação das condições ou dos riscos que deram causa à sua concessão.

Não obstante, parece haver contradição entre o parágrafo único do art. 74 e o § 2º do art. 78, o fato é que se o adicional de insalubridade fosse incorporável para fins de aposentadoria ou na atividade, à remuneração do servidor, a lei deveria ser clara em autorizar a incorporação, estabelecendo a sua forma e condições, ou seja, o prazo em que deveria o benefício ser recebido para se incorporar permanentemente à remuneração do servidor no

cargo efetivo. Ademais o § 2º prescreve a cessação do adicional com a eliminação das condições ou dos riscos que deram causa à sua concessão.

Destarte, se a legislação municipal **não previu** a incorporação dessa vantagem à remuneração no cargo efetivo, não há amparo legal em torná-la permanente nos proventos de aposentadoria, considerando-se principalmente aqueles que vão aposentar-se numa regra de integralidade (totalidade da remuneração no cargo efetivo) e paridade.

À luz do princípio da contributividade, no sentido de que não há benefício sem custeio (art. 195, § 5º, da CF), não se justifica dizer que o servidor que recebeu o adicional de insalubridade por qualquer tempo, sem contribuição, já o incorporou, de modo que seria mantido na aposentadoria.

De sua vez, o art. 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece que nenhum benefício ou serviço relativo à seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem indicação da fonte de custeio total e o § 2º prescreve aplicar-se o dispositivo, dentre outros, a benefício de previdência, inclusive os destinados aos servidores públicos e militares, ativos e inativos e aos pensionistas.

Ademais, o art. 45 da LC no. 35, de 2005 (que institui o RPPS no Município), inciso III, estabelece que a base de cálculo da contribuição previdenciária consiste no valor bruto da remuneração do cargo efetivo, exceto as vantagens e direitos que **não se incorporam aos vencimentos**.

E o seu § 1º estabelece que *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 o de função de confiança, para efeito de cálculo do benefício a ser concedido com fundamento no artigo 40 da Constituição Federal e no artigo 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, respeitada, em qualquer hipótese, a limitação estabelecida no § 2º do artigo 40 da Constituição Federal.*

Portanto, o adicional de insalubridade, por constituir vantagem temporária, não incorporável à remuneração no cargo efetivo, não pode ser base de cálculo da contribuição previdenciária.

Registre-se, outrossim, que ainda que a legislação municipal tivesse previsão dessa incorporação, a partir de 13.11.2019, ela não poderia mais ser aplicada, por força do disposto no § 9º do art. 39 da CF, conforme acima explanado⁸.

Há entendimento de que, por serem verbas habituais, deveriam constar dos proventos de aposentadoria. A nosso ver, esse elemento, por si só, não têm o condão de **torná-las permanentes de forma automática, pois seria**

⁸ Estão excepcionadas as incorporações implementadas antes da data da publicação da EC no. 103, de 2019, conforme prevê o art. 13 da referida emenda, desde que essa incorporação tenha sido feita por autorização da lei interna do ente federativo.

necessária a previsão legal de repercussão nos benefícios previdenciários, o que se dá com a incorporação ou permanência na atividade. (V. decisão do STF mais abaixo).

Considere-se que esse aspecto de *verbas habituais* prevalece para o RGPS, cujo conceito de salário-de-benefício⁹ compreende os ganhos habituais por força do disposto no § 11¹⁰ do art. 201 da CF. Todavia, a incidência da contribuição previdenciária não excede o limite de benefício estabelecido em lei e o critério de cálculo das aposentadorias é o da média das contribuições.

Em suma, as vantagens temporárias dos servidores municipais só poderiam ser incorporadas à remuneração no cargo efetivo **se houvesse previsão na lei municipal e, a partir de 13.11.2019, nem mesmo com a autorização da lei municipal, poderia ser mantida, sob pena de violação ao § 9º do art. 39 da CF.**

Não havendo a possibilidade de incorporação à remuneração no cargo efetivo, não há como constituírem base de cálculo da contribuição previdenciária, tendo em conta a correlação entre custo e benefício, aspecto que decorre do princípio da contributividade, ou seja, não há benefício sem custeio, assim como não pode haver custeio sem benefício.

Aliás, a respeito da contribuição previdenciária sobre parcelas de remuneração (vantagens temporárias), que o servidor não vai auferir na inatividade, o STF, no julgamento do RE 593.068, reconhecida a repercussão do tema (tema 163), decidiu que somente devem figurar como base de cálculo da contribuição as remunerações/ganhos habituais que **tenham repercussão em benefícios.**

Confira-se a ementa portada pela decisão:

Direito previdenciário. Recurso Extraordinário com repercussão geral. Regime próprio dos Servidores públicos. Não incidência de contribuições previdenciárias sobre parcelas não incorporáveis à aposentadoria. 1. O regime previdenciário próprio, aplicável aos servidores públicos, rege-se pelas normas expressas do art. 40 da Constituição, e por dois vetores sistêmicos: (a) o caráter contributivo; e (b) o princípio da solidariedade. 2. A leitura dos §§ 3º e 12 do art. 40, c/c o § 11 do art. 201 da CF, deixa claro que somente devem figurar como base de cálculo da contribuição

⁹ Nos termos do art. 28 da Lei no. 8212, de 1991, Art. 28, entende-se por salário-de-contribuição para o empregado a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa, observado o limite máximo estabelecido pela lei (§5º.)

¹⁰ § 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.

previdenciária as remunerações/ganhos habituais que tenham "repercussão em benefícios". Como consequência, ficam excluídas as verbas que não se incorporam à aposentadoria. 3. Ademais, a dimensão contributiva do sistema é incompatível com a cobrança de contribuição previdenciária sem que se confira ao segurado qualquer benefício, efetivo ou potencial. 4. Por fim, não é possível invocar o princípio da solidariedade para inovar no tocante à regra que estabelece a base econômica do tributo. 5. À luz das premissas estabelecidas, é fixada em repercussão geral a seguinte tese: "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.'" 6. Provimento parcial do recurso extraordinário, para determinar a restituição das parcelas não prescritas. (RE 593068, Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 11.10.2018, p.22.03.2019)

O Instituto consulente informa que os servidores foram aposentados com o adicional integrando os proventos (integralidade e paridade), indicando que a base de cálculo utilizada foi o salário-mínimo.

Não nos informa qual o fundamento legal para a integração desse adicional nos proventos de aposentadoria. A nosso ver, à míngua da existência de autorização legal, essa integração afronta o § 2º do art. 40, da CF.

De qualquer modo, parece que os aposentados que têm em seus proventos o adicional de insalubridade calculado de acordo com a LC 120, de 2015, requerem que seja revisto o cálculo para os vencimentos integrais, na forma como determinado nas ações judiciais nas quais obtiveram êxito.

A nosso ver, a discussão judicial ficou travada entre a Administração e o servidor, relativamente ao seu direito à percepção de vantagem temporária -adicional de insalubridade - e a sua base de cálculo com base na lei municipal de 2011, alterada em 2015. Portanto, o questionamento esteve centrado na situação jurídico-funcional, vale dizer, os direitos do servidor decorrentes de sua relação de trabalho. Em nenhum momento, houve debate sobre o reflexo da *quaestio juris* na relação previdenciária do servidor.

Em suma, o Instituto não esteve no polo passivo da demanda e a obrigação de fazer se esgotou no cumprimento da decisão pela Municipalidade.

Por outro lado, não há como ser acolhido o pedido de revisão de proventos de aposentadoria. Isso porque não houve incidência da contribuição previdenciária sobre os valores novos arbitrados em juízo, para o servidor enquanto em atividade.

O equívoco no cálculo do adicional, quando a parte autora ainda estava na ativa, não tem reflexos no valor dos proventos, porque a vantagem, ao que parece (a consulta não esclarece esse ponto) não foi e não é objeto de contribuição previdenciária, nos termos do art.45 da LC 35, de 2005.

Conforme explanado alhures, a Constituição Federal, em seu art. 40, dispõe ser assegurado aos servidores regime de previdência de caráter contributivo

e solidário, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. Há grande preocupação com a higidez e sustentabilidade do sistema, o qual pressupõe respeito ao equilíbrio atuarial, pautado em um modelo contributivo. Assim, não há como se pagar proventos de aposentadoria sem que tenha havido efetiva contribuição para tanto.

Ademais, a vantagem tem natureza de verba temporária, e parece que inexistente lei municipal que autorize de que forma e condições ela seria incorporada à remuneração no cargo efetivo, ou seja, quando o servidor ainda em atividade.

Remarque-se que não há previsão legal (de acordo com a legislação oferecida) para o adicional de insalubridade, ainda que o servidor o tenha recebido por muitos anos, ser incorporado à remuneração no cargo efetivo ou aos proventos de aposentadoria. A habitualidade do recebimento da vantagem não tem o condão de, por si só, ser mantida nos proventos de aposentadoria.

Ainda que o servidor tenha feito opção por contribuir sobre o adicional de insalubridade, conforme prevê o parágrafo único do art. 45 da LC 82, de 2011, para se aposentar pelo critério de média (exclusivamente por esse critério), o resultado apurado teria como limite a remuneração no cargo efetivo, consoante determina o § 2º do art. 40 da CF, na redação anterior à EC no. 103, de 2019, o § 5º do art. 1º da Lei federal no. 10.887, de 2004, e ainda o § único do art. 45 da Lei municipal no. 35, de 2005.

Se foi integrado o adicional de insalubridade aos proventos de aposentadoria, entendemos ser indevida essa integração.

Entretanto, parece que esse não é o cerne da indagação. Tem-se como regular a integração do adicional de insalubridade aos proventos de aposentadoria, inclusive quando concedida de acordo com o critério de integralidade e paridade. Apenas, requer-se orientação quanto aos novos valores pretendidos pelos aposentados.

E, nesse aspecto, entendo indevida a alteração da base do cálculo pretendida pelos interessados, pelas razões acima expostas.

Necessário, também, ser suscitada a questão da prescrição do fundo de direito, pois uma vez concedida a aposentadoria, impõe-se a observância do art. 1º.¹¹ do Decreto no. 20.910, de 1932.

A jurisprudência do STJ é firme nesse sentido.

Confira-se a ementa portada pela seguinte decisão:

¹¹ Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. ATO DE APOSENTADORIA. REVISÃO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. 1. É o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça que o termo inicial do prazo prescricional, para revisão do ato de aposentadoria de servidor público, visando à concessão de vantagens que lhe seriam devidas, é a data da concessão de sua aposentadoria. 2. Agravo Interno não provido. (AgInt no REsp 1901462/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, T2, DJE 01.07.2021; AgInt no AREsp 1731648/PR, T2, Rel. Min. Herman Benjamin, DJE 19.03.2021; Pet 9.156/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 03/06/2014)

Por último, necessário esclarecer que qualquer revisão proventos, em aposentadorias já aprovadas e registradas pelo TCE, impõe-se, entendendo-se viável a revisão, consultá-lo preliminarmente, nos termos da Súmula 6 do STF¹².

É a manifestação, *sub censura*, outubro 2021.

MAGADAR ROSALIA COSTA BRIGUET
Assinado de forma digital por MAGADAR
ROSALIA COSTA BRIGUET
Dados: 2021.10.28 19:48:14 -03'00'

¹² A revogação ou anulação, pelo Poder Executivo, de aposentadoria ou qualquer outro ato aprovado pelo Tribunal de Contas, não produz efeitos, antes de aprovada por aquele Tribunal, ressalvada a competência revisora do Judiciário.