



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000402126

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1042027-18.2023.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante MOISES SILVA MATTOS, são apelados FUNSERV FUNDACAO DA SEGURIDADE SOCIAL DOS SERVIDORES PUBLICOS MUNICIPAIS DE SOROCABA e DIRETORA DA PREVIDENCIA E ASSISTENCIA SOCIAL DE SOROCABA (MARIA DO SOCORRO SOUZA LIMA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores KLEBER LEYSER DE AQUINO (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA E CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 25 de abril de 2025.

KLEBER LEYSER DE AQUINO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 19.309

Apelação nº 1042027-18.2023.8.26.0602

Apelante: **MOISES SILVA MATTOS**

Apelada: **FUNDAÇÃO DA SEGURIDADE SOCIAL DOS SERVIDORES
PÚBLICOS MUNICIPAIS DE SOROCABA - FUNSERV**

Vara da Fazenda Pública da Comarca de Sorocaba

Magistrado: Dr. Alexandre de Mello Guerra

**EMENTA: DIREITO PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. MANDADO DE
SEGURANÇA. INCORPORAÇÃO DE ADICIONAL NOTURNO AOS
PROVENTOS DE APOSENTADORIA. APELAÇÃO IMPROVIDA.**

I. Caso em Exame

1. Trata-se de apelação interposta por Moises Silva Mattos contra sentença que julgou improcedente o pedido de inclusão do adicional noturno nos proventos de sua aposentadoria, impetrado contra a Fundação da Seguridade Social dos Servidores Públicos Municipais de Sorocaba - FUNSERV.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em determinar se o adicional noturno, recebido durante o serviço ativo, pode ser incorporado aos proventos de aposentadoria do apelante, considerando a incidência de contribuição previdenciária sobre a vantagem e à luz das alterações introduzidas pela Em. Const. Fed. nº 103, de 12/11/2.019.

III. Razões de Decidir

3. A Em. Const. Fed. nº 103, de 12/11/2.019 veda a incorporação de vantagens de caráter temporário aos proventos de aposentadoria, tornando inconstitucional a previsão da Lei Mun. nº 4.168, de 01/03/1.993, que permitia tal incorporação. 4. O TEMA nº 24, de 06/02/2.013, do STF, estabelece que o servidor público não tem direito adquirido a regime jurídico remuneratório, desde que observada a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, não sendo, assim, preservado seu direito à incorporação pretendida. 5. No caso em questão, a irredutibilidade de vencimentos foi preservada, pois a aposentadoria do apelante foi aprovada com base em sua remuneração habitual, excluídas apenas as verbas

transitórias, como o adicional noturno. 6. A vedação de incorporação introduzida pela Em. Const. Fed. nº 103, de 12/11/2.019 se aplica independentemente de ter havido recolhimento de contribuição previdenciária sobre a gratificação. 7. O entendimento do STF, conforme seu TEMA nº 163, de 21/03/2.019, é de que não incide contribuição previdenciária sobre verbas não incorporáveis à aposentadoria, como o adicional noturno, o que se verificou ao tempo de aferição dos requisitos para aposentadoria do apelante. 8. Fica ressalvada ao apelante a possibilidade de eventual repetição de indébitos tributários, a ser pleiteada pelas vias adequadas.

IV. Dispositivo e Tese

9. APELAÇÃO IMPROVIDA. 10. Tese de julgamento: "1. A Em. Const. Fed. nº 103, de 12/11/2.019 veda a incorporação de vantagens temporárias aos proventos de aposentadoria. 2. Não há direito adquirido à incorporação de verbas transitórias, respeitada a irredutibilidade de vencimentos. 3. Ressalva-se a possibilidade de eventual repetição de indébito quanto a contribuições previdenciárias indevidamente retidas, a ser pleiteada pelas vias adequadas".

Trata-se de apelação interposta por **Moises Silva Mattos** contra a r. sentença (fls. 189/193), proferida nos autos do **Mandado de Segurança**, impetrado pelo apelante em face da **Fundação da Seguridade Social dos Servidores Públicos Municipais de Sorocaba - FUNSERV**, que **julgou improcedente o pedido** para incluir o adicional noturno nos proventos de aposentadoria do apelante. Foi determinado o pagamento das custas processuais na forma da lei. Não houve condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Alega o apelante (fls. 201/206), no respectivo recurso, em síntese, que, como guarda civil municipal, recebeu adicional noturno durante seu tempo ativo, com o respectivo desconto previdenciário, e que a Emenda Constitucional nº 103, 12/11/2.019 não veda a inclusão de verbas temporárias nos proventos de aposentadoria, desde que haja incidência de contribuição previdenciária sobre a vantagem. Menciona o artigo 23,

parágrafo 2º, da Lei Municipal nº 4.168, de 01/03/1.993, que prevê a possibilidade de inclusão do adicional noturno nos proventos de aposentadoria, desde que o segurado tenha contribuído por, no mínimo, 60 (sessenta) meses nos últimos 72 (setenta e dois) meses trabalhados. Requer, ao final, a reforma da r. sentença para que seja incorporado o adicional noturno aos seus proventos previdenciários.

Em contrarrazões (fls. 269/285), alega a apelada, em síntese e em preliminar, que o apelante se aposentou em 01/05/2.020, pela regra contida no artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 05/07/2.005, e que a última base de contribuição do apelante foi composta apenas pelo vencimento do cargo, Regime Especial de Trabalho Policial (RETP), sexta-parte e adicional de tempo de serviço, não havendo retenção de contribuição previdenciária sobre o adicional noturno. Argumenta que a Emenda Constitucional nº 103, de 12/11/2.019 incluiu o parágrafo 9º no artigo 39 da Constituição Federal, determinando que vantagens de caráter temporário não podem ser incorporadas e tornando inconstitucional o artigo 23, parágrafo 2º, da Lei Municipal nº 4.168, de 01/03/1.993. Pede a manutenção da r. sentença.

Recurso tempestivo e recebido, nesta ocasião, no duplo efeito, por este RELATOR, nos termos do artigo 1.012, "caput", do Código de Processo Civil.

Relatado de forma sintética, passo a fundamentar e decidir.

Extraí-se dos autos que o apelante é servidor público municipal inativo e ajuizou a presente demanda para que o **adicional noturno passe a integrar os seus proventos recebidos em decorrência da aposentadoria**.

Pois bem, com relação ao adicional noturno, a Lei Municipal nº 4.168, de 01/03/1.993, que “dispõe sobre a criação da Seguridade Social dos Servidores Públicos Municipais” em Sorocaba, estabelece que:

Art. 23. A renda mensal de benefício é o valor utilizado para pagamento dos benefícios de prestação continuada, na forma do Art. 24., excluída a Gratificação de Natal e 1/3 de férias, nunca superior ao subsídio do Chefe do Executivo.

(...)

§ 2º. O **adicional noturno** e o adicional pela execução de trabalho insalubre, perigoso ou penoso **só serão utilizados para renda mensal de benefício de aposentadoria e pensão quando, no período dos últimos 72 (setenta e dois) meses trabalhados, o segurado tenha contribuído dentro desse período por, no mínimo 60 (sessenta) meses.** (negritei)

Dessa maneira, extrai-se do excerto legal que o adicional noturno, sendo verba paga em decorrência da especificidade do trabalho desempenhado (“propter laborem”), é gratificação eventual e que somente seria incorporado à aposentadoria caso o servidor o recebesse por no mínimo 60 (sessenta) meses no período de 72 (setenta e dois) meses prévios a ela.

Todavia, com o advento da Emenda Constitucional nº 103, 12/11/2.019, passou a ser vedada a incorporação de verbas de natureza transitória aos proventos dos servidores públicos, considerando a inserção do novo parágrafo 9º no artigo 39 da Constituição Federal:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. (...)

§ 9º. É **vedada 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. (negritei)

Nesse novo contexto previdenciário, tendo o apelante se aposentado em 01/05/2.020, estava vigente vedação legal expressa acerca da possibilidade de incorporação do adicional noturno aos proventos de sua aposentadoria, dada a natureza transitória da gratificação. Restou imediatamente revogada, então, a Lei Municipal nº 4.168, de 01/03/1.993, no trecho em que autorizava a incorporação do adicional noturno.

Portanto, o apelante não possuía mais direito à sua aplicação, ao tempo de sua aposentadoria, sendo pacífico o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal no sentido de que o servidor público não tem direito adquirido a regime jurídico remuneratório, desde que observada a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, conforme fixado no TEMA nº 24, de 06/02/2.013, do Supremo Tribunal Federal¹.

E a irredutibilidade de vencimentos, no caso, foi preservada, considerando ter sido aprovada a aposentadoria do apelante com base em sua remuneração habitual, excluídas expressamente as verbas transitórias (e, aí, o adicional noturno), conforme se depreende do extrato de fls. 121, e do “termo de ciência e concordância” acostado a fls. 149, em que se demonstra que o apelante anuiu, em 27/04/2.020, com o enquadramento previdenciário nos termos do artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47, de

¹ TEMA nº 24: Não há direito adquirido a regime jurídico, notadamente à forma de composição da remuneração de servidores públicos, observada a garantia da irredutibilidade de vencimentos.

05/07/2.005² e com o valor de seus proventos, integrais e com paridade.

Importante pontuar que o entendimento aqui esposado também encontra baliza no TEMA nº 163, de 11/10/2.018, do Supremo Tribunal Federal. “Verbis”:

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

² Art. 3º. Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

III - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.

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, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 11-10-2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-056 - DIVULG 21-03-2019 PUBLIC 22-03-2019)** (negritei)

Portanto, e diversamente do alegado pelo apelante, a vedação expressa contida na Emenda Constitucional nº 103, 12/11/2.019, cujos efeitos se aplicaram imediatamente à sua publicação, incidiu independentemente de ter sido recolhida contribuição previdenciária sobre a gratificação debatida, pois fulmina a própria incorporação, dado que, ao tempo de entrada em vigor da lei, o apelante ainda não havia cumprido os requisitos legais para aposentadoria.

E, não sendo o adicional noturno objeto de retenção de contribuição previdenciária ao tempo em que o apelante cumpriu os requisitos para se aposentar, conforme se extrai do documento de fls. 121, inframencionado, e assinado pelo apelante, não poderia mesmo integrar os proventos em aposentadoria por tempo de contribuição como requerido pelo apelante:

(fls. 121)

Base de Contribuição - Funserv	R\$	6.600,05	Mês base: Março/2020
Vencimento do Cargo	R\$	2.175,84	
RETP	R\$	2.175,84	
Sexta Parte	R\$	725,28	
Adicional Noturno	R\$		
Adicional de Insalubridade (%)	R\$		
Adicional de Tempo de Serviço (30%)	R\$	1.523,09	

Nesse sentido, é o entendimento deste E. Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA. Revisão dos proventos de aposentadoria. Incorporação do adicional de insalubridade e adicional noturno. Inadmissibilidade. Verbas que ostentam natureza "pro labore faciendo". **Vedação de incorporação de vantagens de caráter temporário. Tema 163/STF (RE nº 593.068/SC). Autora que preenche os requisitos para a aposentadoria integral apenas depois da Emenda nº 113/19, que imprimiu nova redação ao art. 39, § 9º, da Constituição Federal. Eventual irregularidade de incidência de contribuição previdenciária sobre os adicionais em questão que enseja restituição, em ação própria, porém, não confere o direito à incorporação pleiteada. Precedentes. Denegação da ordem mantida. Recurso não provido. (Apelação Cível nº 1001352-47.2022.8.26.0602; Rel. Des. Bandeira Lins; Órgão Julg.: 8ª Câmara de Dir. Púb.; Data do Julg.: 21/02/2.024; Data de Reg.: 21/02/2.024) (negritei)**

RECURSOS DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM – DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – PRETENSÃO AO RESTABELECIMENTO DOS ADICIONAIS NOTURNO E DE INSALUBRIDADE NA RESPECTIVA BASE DE CÁLCULO - IMPOSSIBILIDADE – PRETENSÃO À RESTITUIÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE DESCONTADOS – POSSIBILIDADE. 1. Inicialmente: a) regularidade da representação processual da parte autora, reconhecida.; b) legitimidade passiva da parte corré, Municipalidade de Sorocaba, reconhecida. 2. No mérito da lide, **incidência da Contribuição Previdenciária, apenas e**

tão-somente, sobre as verbas remuneratórias, de caráter habitual, com repercussão nos proventos da aposentadoria dos servidores públicos, nos termos dos artigos 201, § 11º e 40, § 3º, da CF. 3. Inclusão indevida, na respectiva base de cálculo da Contribuição Previdenciária, de vantagens pecuniárias transitórias e impassíveis de incorporação, relacionadas aos Adicionais Noturno e de Insalubridade.

4. Precedentes da jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça e, inclusive, desta C. 5ª Câmara de Direito Público. 5. Arbitramento dos honorários advocatícios recursais, em favor da parte autora, a título de observação, com fundamento no artigo 85, § 11, do CPC/15. 6. Ação de procedimento comum, julgada parcialmente procedente, em Primeiro Grau de Jurisdição. 7. Sentença recorrida, ratificada. 8. Recursos de apelação, apresentados pelas partes litigantes, desprovidos, com observação. **(Apelação/Remessa Necessária nº 1013335-14.2020.8.26.0602; Rel. Des. Francisco Bianco; Órgão Julg.: 5ª Câm. de Dir. Púb.; Data do Julg.: 23/09/2.021; Data de Reg.: 23/09/2.021)** (negritei)

Ressalve-se, contudo, a possibilidade também já reconhecida pela jurisprudência acima, caso tenha ocorrido a incidência indevida de contribuição previdenciária sobre verbas transitórias, facultando-se ao apelante buscar as vias adequadas para repetição de indébito referente a tributos indevidamente retidos, sem que isto implique em desrespeito à vedação trazida pela Emenda Constitucional nº 103, 12/11/2.019.

Assim, deve ser mantida a r. sentença.

Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, ante o rito eleito do mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei Federal nº 12.016, de 07/08/2.009³.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à presente

³ Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apelação, para **manter** a r. **sentença** questionada, por seus próprios fundamentos, acrescidos dos aqui expostos.

KLEBER LEYSER DE AQUINO
DESEMBARGADOR-RELATOR
(Assinatura Eletrônica)