— Diárias pagas a servidor celetista têm caráter indenizatório de despesas e não integram salário de contribuição para previdência social.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO SERVIÇO PÚBLICO

Consultoria Jurídica
Processo nº 3.503/81

Discute-se, no anexo processo, a validade da orientação deste Departamento que libera de contribuições previdenciárias as diárias pagas aos servidores públicos celetistas.

2. A dúvida foi levantada pela Divisão de Legislação de Pessoal (Dileg) do Departamento de Pessoal (DP) do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), na Nota nº 9/78, ao confrontar o citado entendimento do Dasp com o subitem 3.9.1, *b*, da Portaria-SPS nº 9, de 5 de novembro de 1978, que, tendo por base o Parecer nº I-271, de 13 de fevereiro de 1974, da Consultoria-Geral da República, estabelece a incidência de contribuições previdenciárias, quando o valor das diárias pagas exceder de 50% do salário, consoante regra dos §§ 1º e 2º do art. 457 da CLT.

3. No equacionamento do problema, a Dileg transcreve dois trechos do parecer do Dasp, exarado no Processo nº 6.885/74. O primeiro diz:

"que a legislação trabalhista é aplicável ao servidor público em termos, não devendo a política protecionista do empregado ser desenvolvida quanto ao servidor público, vez que a administração não tem a finalidade do lucro nem interesse em locupletar-se com o trabalho do servidor, diversamente do que ocorre com o empregador particular. Pugna ela pelo interesse público prevalescente sobre as conveniências do servidor."

O segundo alega:

"se a incorporação, no caso do servidor empregado da União, ocorresse, seria ela instrumento de alteração de tabelas salariais, ao simples arbítrio do dirigente do órgão público competente para a concessão das diárias, quando a escala salarial como a de vencimentos tem caráter uniforme para os empregos e cargos da mesma denominação (princípio da paridade) e é da competência do presidente da República sua aprovação (art. 4º do Decreto-lei nº 900, de 1969)".

4. Em razão desse parecer do Dasp, a Dileg deduz que:

"... as diárias concedidas no âmbito do serviço público apresentam caráter indenizatório, visando evitar gastos pessoais do servidor e que não foram previamente estabelecidos, não sendo entendidas, assim, como salário, pois este, além de pré-convencionado, decorre da contraprestação de serviços executados por força de contrato".

5. Por conseguinte, pondera a mesma Dileg:

"Parece-nos que o citado dispositivo da Portaria SPS nº 9/78 (item 39, *b*) não abrange os empregados públicos, aí compreendidos os de autarquia federal, inclusive porque o parecer da CGR nº I-271/74, em que se baseia, decorreu da consulta formulada por uma sociedade de economia mista, cuja personalidade jurídica é, por definição legal, de direito privado".

6. Finalmente, a Dileg propôs que o assunto fosse levado à apreciação da Secretaria de Previdência Social (SPS), por considerá-la o órgão competente para esclarecer em definitivo a questão, com o que concordaram o Diretor-Geral de Pessoal e o Secretário-Geral do Ministério.

7. Mencionada SPS, não obstante reconhecer a competência do Dasp para dizer quanto aos dispositivos da CLT que não alcançam o empregado público da União, reclama competência para os órgãos do MPAS interpretarem e aplicarem a lei, em se tra-

tando de disposição pertinente ao custeio da previdência social e aos direitos previdenciários do segurado, ainda que este seja empregado da administração pública.

8. No uso de tal competência, insistiu na tese de que a partir da Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, integram o salário de contribuição do empregado todas as importâncias recebidas a qualquer título, seja o segurado empregado de empresa privada, seja de direito público, que a lei não os distingue para efeito de benefícios e respectivo custeio.

9. Contestando o Dasp, a SPS alega que discutidas diárias, mesmo integrando o conceito de salário de contribuição, não alterariam o caráter uniforme da escala salarial do servidor público, porque só se incorporam à remuneração, para todos os efeitos legais, enquanto devidas por motivo de viagem, sendo desconsideradas, quando estas se deixam de realizar e jamais se integrando definitivamente ao salário.

10. Nesse sentido, a SPS chama atenção para o fato de que os conceitos de *salário de contribuição,* típico do direito previdenciário, e o de *salário,* próprio do direito trabalhista, não mais se confundem após a Lei nº 5.890, de 1973, o que invalida o argumento do Dasp, quanto ao caráter indenizatório das diárias, porque tal enfoque é ligado ao salário na concepção trabalhista, enquanto que a questão se amolda à definição de salário de contribuição, matéria própria do direito previdenciário.

11. Pondera, ainda, a SPS que "somente quando a soma das diárias recebidas *no mês* ultrapassa 50% do salário mensal do empregado é que ela passa a integrar o salário de contribuição, porque é da natureza deste ser representado pela soma das importâncias recebidas no mês, respeitado o limite máximo legal". Vale dizer, para efeito previdenciário, as diárias para viagem recebidas no mês são consideradas em relação ao valor mensal do salário e não ao salário do período correspondente aos dias de viagem, o que faz reduzir de muito a sua repercussão na incidência de contribuições.

12. Encerrando suas observações, a SPS lembrou que a matéria havia sido objeto de seu memorando nº SPS/RJ-79, de 14 de julho de 1978 (cópia anexa), com a solicitação de audiência da Consultoria Jurídica do MPAS.

13. O citado órgão jurídico do MPAS seguiu o mesmo caminho da SPS, invocando o novo conceito de salário de contribuição, estabelecido pela Lei nº 5.890, de 1973, e os pronunciamentos da Consultoria-Geral da República (Pareceres n.os I-271, de 1974, e L-106, de 1976), e foi mais além ainda, sob dois aspectos.

14. O primeiro consiste em ter lembrado que as contribuições previdenciárias não incidem sobre certas importâncias, consignadas nas letras *a* a *d* do § 1º do art. 41 do Regulamento de Custeio da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83.081, de 24 de janeiro de 1979, a saber: a) o 13º salário e as cotas de salário-família, recebidos nos termos da legislação própria; b) a ajuda de custo e o adicional mensal, concedidos à classe dos aeronautas, consoante a Lei nº 5.929, de 30 de outubro de 1973; c) a parcela *in natura,* auferida pelo empregado, de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho, na forma da Lei nº 6.321, de 14 de maio de 1976; d) os abonos de férias, não excedentes dos limites estabelecidos nos arts. 143 e 144 da CLT, na redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13 de abril de 1977.

15. O segundo é o referente à observação de que o salário de contribuição se compõe não só das importâncias recebidas a qualquer título pelo empregado em pagamento dos serviços prestados, mas, atualmente, por todas as importâncias recebidas a qualquer título, inclusive as indenizatórias, limitadas, apenas, pelo teto legal prefixado, de tal sorte que, no caso em estudo, não só a parte das diárias que exceder a metade do salário deverá sofrer a incidência da contribuição, *mas a totalidade das diárias percebidas.*

16. Sob esse enfoque, reservando competência no âmbito de atuação do MPAS, para orientação da espécie, destaca ainda a mesma Consultoria Jurídica a necessidade de modificar o disposto na letra *b* do subitem 39.1 da vigente Portaria MPAS/SPS nº 2,

de 6 de junho de 1979, que com base no Parecer CGR nº I-271/74, considera sob a incidência das contribuições previdenciárias o valor das diárias, apenas no excedente de 50% (cinqüenta por cento). A seu ver, essa não foi a conclusão do referido pronunciamento, nem é, por outro lado, a compreensão que entende defluir do conceito de salário de contribuição, vigente desde 1973, por força da Lei nº 5.890, daquele ano, que recomendaria a incidência da contribuição sobre a totalidade das diárias.

17. Referido órgão jurídico propõe a audiência do Dasp no sentido de que este reexamine sua posição e, caso não o faça, sugere a subida do assunto à apreciação da Consultoria-Geral da República, para deslinde da controvérsia.

18. A Coordenadoria de Legislação de Pessoal (Colepe) da Sepec do Dasp sustenta a tese de que as diárias não integram os salários para efeitos previdenciários. Nesse sentido elaborou parecer, contrariando o arrazoado da citada Consultoria Jurídica, motivo pelo qual a Secretaria de Pessoal Civil houve por bem colher o pronunciamento desta.

19. O exame do assunto mostra que a discussão se prende ao regime trabalhista e ao sistema previdenciário suscitados, *a priori*, em se tratando de servidores celetistas. Partem a SPS e a CJ do MPAS da simplicidade do mecanismo de concessão das diárias no regime contratual, que, pela autoridade do costume, faz lei informal entre as partes acordantes, fonte de direito consuetudinário, comum nas vinculações trabalhistas referentes ao setor privado.

20. Sob essa ótica, está perfeitamente correta a linha de raciocínio seguida pelos órgãos competentes do MPAS, conforme evidenciado pela sugestiva jurisprudência do Judiciário chamada à colação pela Consultoria Jurídica do MPAS, a qual, *data venia*, no entender desta, peca apenas pelo excesso, no que concerne a considerar revogado o § 2º do art. 547 da CLT, nos termos da Lei nº 1.999, de 7 de outubro de 1963, em face da vigência da Lei nº 5.890, de 1973. Essa conclusão, creio, não deflui da jurisprudência que cita, quer a judicial, quer a administrativa.

21. Tal revogação, ao parecer desta Consultoria Jurídica, somente poderia ter sido operada de duas maneiras. Uma, tacitamente, caso fosse o texto incompatível com o novo conceito legal referente ao salário de contribuição; outra, expressamente, se condenado pela lei mais recente. Inocorreram, porém, tais hipóteses, visto que a distinção operada entre as definições legais de salário para os efeitos trabalhistas e os previdenciários, em nada afetou a convivência com eles da regra contida no citado dispositivo do art. 457 da CLT, nem foi ele mencionado no rol dos especialmente revogados pelo art. 34 da Lei nº 5.890, de 1973.

22. Sem embargo da reserva com que abordo esse ângulo, em respeito à área de competência do MPAS para elucidar as dúvidas referentes à contribuição para o custeio dos encargos da previdência social, com a devida vênia, permito-me recorrer à interpretação teleológica, obrigatória em casos como o de que se trata, quando outra linha de raciocínio conduz ao absurdo. Ora, ao perquirir-se da finalidade do sentido abrangente emprestado ao conceito do salário de contribuição, verifica-se que o escopo foi incluir, na área de incidência das contribuições previdenciárias, parcelas salariais que, disfarçadas por rótulos estranhos à definição de salário, escapavam entre as malhas da arrecadação. Exemplo típico do recurso da espécie, na época muito em voga, era a retribuição do chamado "recibado". Outro exemplo característico, muito usado, era o dos contratos de trabalho enganosamente ocultos sob a verba de representação de gabinete. Casos que tais foram solucionados, então. No que concerne às diárias, entretanto, não houve inovação, e nem tanto era necessária, porque, sabiamente, o legislador, atento à realidade do regime contratual que faculta ao empregador retribuir serviços prestados em missão de viagem, além de indenizar as respectivas despesas de alimentação e pousada, já cuidara de prevenir a dissimulação dessa parcela salarial, fixando limite para as diárias não integrantes do salário (50% do salário — o que exceder desse teto, salário

é, para todos os efeitos, conforme o disposto no § 2º do art. 457 da CLT).

23. Como se depreende pelo exame da finalidade do salário de contribuição, o legislador não objetivou provocar a incidência da contribuição, duas vezes, sobre a mesma parcela de remuneração, nem pensar nisso, do momento em que tal procedimento não guardaria conformidade com o sistema tributário, constitucionalmente previsto (arts. 18 e 26), que repudia a incidência de impostos, taxas e contribuições que tenham como fato gerador ou base de cálculos parcelas já consideradas para o mesmo efeito.

24. Aliás, em se tratando de servidores públicos, enquadrados nos termos da Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, no que concerne a diárias pagas pelos cofres públicos, na forma da lei (no caso o Anexo II do Decreto-lei nº 1.341, de 1974) impende lembrar o disposto no item IV do art. 21 e o inciso I do § 2º do mesmo artigo, que se referem à matéria em discussão:

"Art. 21. Compete à União instituir imposto sobre:

I — .....

IV — renda e proventos de qualquer natureza, *salvo ajuda de custo e diárias* pagas pelos cofres públicos na forma da lei;

.....

§ 2º A União pode instituir:

I — contribuições, observada a faculdade prevista no item I deste artigo, tendo em vista intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social."

25. Com efeito, é preciso considerar que na relação de emprego público prevalece o princípio da legalidade. Não pode a administração agir liberalmente em termos salariais, fazendo concessões estranhas ao elenco constante do quadro legal que as prevê. Assim é que as diárias dos servidores públicos só podem ser concedidas porque prevista a indenização da espécie no supramencionado diploma legal e na forma nele indicada. Vale dizer, para cobrir exclusivamente as despesas realmente efetuadas em razão do afastamento da sede, tais como alimentação e pousada, consoante a definição das diárias pagas com fundamento no Anexo II do Decreto-lei nº 1.341, de 1974.

26. Teoricamente, o servidor atua, no mecanismo da concessão dessas diárias, como mero intermediário da administração, efetuando em termos de adiantamento que lhe é concedido, as despesas extraordinárias decorrentes da sua missão de viagem, com as quais, em princípio, arcaria, para posterior indenização. Apenas, por economia processual, no sentido de evitar prestações de contas, as diárias concedidas já são calculadas de acordo com os gastos previsíveis, dentro de um padrão condigno, em face dos preços razoáveis, pesquisados nos setores hoteleiros e restaurantes. Assim, se eventualmente algum funcionário se hospeda ou faz refeição em casas de familiares amigos ou pensões, a economia fica à conta do anfitrião e os prejuízos incluídos nas perdas do comércio em detrimento dos setores supramencionados. Mas, para os cofres públicos, não há motivos de queixa. O comportamento excepcional não descaracteriza a finalidade da concessão, efetuada apenas no montante da reposição prevista, ou seja, indenização de despesas que seriam efetuadas em razão de serviço, com parcelas salariais que já haviam sido objeto de contribuição previdenciária, por isso que descabido serem novamente consideradas, para esse mesmo efeito.

27. Em face do exposto, com a necessária vênia dos órgãos previdenciários ministeriais, não vejo razão de natureza jurídica para alterar a posição assumida pelo Dasp, a respeito do disciplinamento do assunto, e, quanto à motivação de ordem prática, nem carece comentar, do momento em que os próprios órgãos competentes do MPAS reconhecem a inconveniência de mudança do critério vigente, que virtualmente prejudicaria a folha padrão de vencimentos, a nível de processamento de dados.

28. Este o parecer que submeto à apreciação superior, opinando pela manutenção do atual entendimento do Dasp no sentido de que descabe a incidência da contribuição previdenciária sobre o valor das diárias con-

cedidas ao servidor público, em razão de viagem a serviço, seja ele estatutário ou celetista, sem embargo do critério pacificamente adotado com referência ao empregado de empresa privada. Todavia, não só em respeito à questão de competência, como também tendo em vista a origem dos pareceres em que os órgãos ministeriais buscam apoio para defender entendimento diferente do esposado pelo Dasp, seria de bom alvitre a audiência da douta Consultoria-Geral da República, como, aliás, sugere a Consultoria Jurídica do MPAS.

É o meu parecer, S. M. J.

Brasília, 30 de março de 1981. *Luiz Rodrigues,* Consultor Jurídico.

Parecer nº P-007, de 24 de julho de 1981, da Consultoria-Geral da República, concordando com a tese jurídica exposta.

Aprovo.

Em 1º de abril de 1981. *José Carlos Soares Freire,* Diretor-Geral do Dasp.