



Juiz livra oito aposentados de pagar contribuição em SE

O juiz Edmilson da Silva Pimenta, da 3ª Vara Federal de Aracaju, em Sergipe, concedeu liminar que livra oito servidores aposentados de terem descontados de suas pensões os 11% da contribuição dos inativos. Os autores da ação eram funcionários do Tribunal Regional Eleitoral daquele Estado. Ainda cabe recurso.

O juiz considerou inconstitucional a “contribuição previdenciária instituída no art. 4º, parágrafo único, incisos I e II, da Emenda Constitucional 41/2003”. E determinou que a União não efetue os descontos na folha dos ex-servidores até o julgamento do mérito da ação.

Pimenta cita, na liminar, o recente parecer emitido pelo vice-procurador-geral da República, Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.105-8, em exame no Supremo Tribunal Federal. O parecer é contrário à contribuição.

Segundo o magistrado, “o apelo ao princípio do solidarismo, que norteia a Seguridade Social, não oferece lastro, quer fático ou jurídico, à exigência da contribuição impugnada”.

Leia a íntegra da determinação:

Processo nº 2004.85.00.1876-2 – Classe 01000 – 3ª Vara

Ação: Ordinária

Partes:

Autor: Ana Rocha Melo e Outros

Réu: União Federal

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE OS PROVENTOS DE APOSENTADORIA E PENSÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DO DIREITO ADQUIRIDO, DO ATO JURÍDICO PERFEITO, DA IMODIFICABILIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, DA ISONOMIA, DA VEDAÇÃO DE NOVO TRIBUTO COM FATO GERADOR OU BASE DE CÁLCULO PRÓPRIOS DOS JÁ EXISTENTES, DO CARÁTER CONTRIBUTIVO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO.

Vistos etc...

ANA ROCHA MELO, JOSÉ OLIVEIRA SANTOS, JOSÉ RICARDO SILVA MAXIMINO, LEDA MARIA LINHARES CONSTANTINO DA SILVA, LUIZETE DANTAS DE SANTANA VIEIRA, MARIA LELIA CARVALHO MACHADO, MARIA ZILEIDE LIMA SOUZA e VALDICE PAIVA



SANTOS, devidamente qualificados na exordial, por seu advogado constituído, ingressam com Ação Ordinária, com pedido de tutela antecipada, em face da UNIÃO FEDERAL, objetivando que seja determinado a ré que se abstenha de efetuar a cobrança da contribuição previdenciária, prevista no art. 4º da Emenda Constitucional nº 41/2003, regulamentada na Lei nº 9.783/99, com a redação introduzida pela Medida Provisória nº 167, de 19.02.2004, incidente sobre proventos de aposentadoria e pensão pagos pelas entidades da Administração Pública Federal.

Salientam os autores que são servidores públicos federais, aposentados antes da promulgação da EC nº 41/03, do Quadro de Pessoal da Secretaria Geral do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe, encontrando-se na iminência de sofrerem, a partir deste mês, desconto em seus proventos, à alíquota de 11% (onze por cento).

Aduzem que a exação guerreada é inconstitucional, pois além de ofender os princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, previstos no art. 5º, inciso XXXVI, da Lei Maior, já que os atuais inativos estavam dispensados da mencionada contribuição, conforme leis vigentes quando da concessão do benefício, viola, também, ao princípio da imodificabilidade dos direitos e garantias individuais, estabelecido no § 4º, inciso IV, do art. 60, da Lei Suprema e ainda macula o princípio da irretroatividade das leis, por já terem cumprido, no efetivo exercício do cargo exercido, as exigências de tempo de contribuição e idade para as aposentadorias verificadas.

Acrescentam que o direito à aposentadoria adquire-se com o preenchimento dos requisitos exigidos pela legislação vigente à época em que foram implementados, não se alterando a situação do servidor, que não a requereu, pela edição de lei posterior modificadora e, caso ocorra, estará havendo expressa violação aos direitos e garantias individuais, previstas na Constituição Federal.

Alegam que a contribuição previdenciária em questão tem caráter de imposto, vez que à exação não corresponderá qualquer contrapartida do ente tributante, sob a forma de benefícios ou sob qualquer outra forma, caracterizando-se como verdadeiro Imposto de Renda.

Argüem a natureza alimentar dos proventos de aposentadoria, que não podem ser sacrificados com o desconto de um tributo inconstitucional.

Trazem a colação o pensamento externado por vários juristas acerca da matéria, em socorro de sua tese.

Requerem que seja concedida antecipação de tutela, determinando-se à União Federal que se abstenha de proceder ao desconto da contribuição impugnada.

Junta os documentos de fls. 15 usque 85.

Custas pagas, às fls. 86.

É O BREVE RELATO.

DECIDO.

Os autores requerem a concessão de antecipação de tutela, pois pretendem não ver submetido o seu provento de aposentadoria à incidência da contribuição prevista no art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que estabelece:

“Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o caput incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:

I – cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II – sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.”

As normas acima transcritas, que instituem a contribuição previdenciária dos servidores inativos e dos pensionistas, bem assim dos servidores que, apesar de ainda não aposentados, quando da edição da Emenda Constitucional nº 41/2003, já atendiam as exigências necessárias à aposentação, viola o princípio da segurança jurídica, com os corolários da irretroatividade da lei, da inalterabilidade do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

Os postulados do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada, positivados no art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Política, estão consagrados no elenco dos direitos e garantias individuais, inalteráveis por emenda constitucional, a teor do que prescreve o art. 60, § 4º, inciso IV, da Lei Suprema, que estatui que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Não prospera a alegação de que a palavra lei, contida no inciso XXXVI, do art. 5º, da Constituição Federal reporta-se apenas às leis infraconstitucionais, porquanto tal expressão é abrangente de todas as espécies normativas previstas no art. 59 do Diploma Fundamental.

A propósito, escreveram o eminente Professor e hoje ilustrado Ministro Carlos Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, e Valmir Pontes Filho:

“Em síntese, a norma constitucional veiculadora da intocabilidade do direito adquirido é norma de bloqueio de toda função legislativa pós-Constituição. Impõe-se a qualquer dos atos estatais que se integrem no “processo legislativo”, sem exclusão das emendas. Não fosse assim, teríamos que dizer do direito adquirido aquilo que o gênio de Dostoiévski hipotetizou em relação ao próprio Deus: ‘Se Deus



não existe, então tudo é permitido’.”[1]

É elementar na Teoria da Constituição que somente o Poder Constituinte originário pode promover supressão ou alteração dos direitos e garantias individuais, não podendo, em consequência, o Poder Constituinte Derivado desrespeitar os limites fixados na Carta Magna, pelo Constituinte Originário, nominados pela doutrina com cláusulas pétreas.

Em recentíssimo Parecer, acerca da matéria enfocada nos autos, da lavra do estudioso Vice Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, aprovado pelo Procurador-Geral da República, oferecido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3105-8, em que é requerente a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP e requerido o Congresso Nacional, foi afirmado, com muita propriedade, que:

“19. Logo, resta irrelevante e ao mesmo tempo improcedente o argumento de que o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito somente não poderiam ser prejudicados por norma infraconstitucional. Na realidade, em relação às emendas constitucionais, a mesma vedação deve ser observada, pois estas também são manifestações do poder constituído e, portanto, submetem-se aos limites impostos no texto constitucional. A interpretação conjunta do inciso IV, do parágrafo 4º, do artigo 60, com o inciso XXXVI, do artigo 5º, da Constituição, deixa claro que não só as leis, mas também as emendas constitucionais não podem prejudicar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

20. Ora, se o legislador constituinte originário inseriu na Carta os direitos e garantias individuais e se, reconhecidamente, o direito adquirido é espécie de direito individual, por questão de lógica, não será objeto de deliberação as emendas tendentes a abolir o direito adquirido.”

Ainda acerca da petrealidade do inciso XXXVI, do art. 5º, da Lei Máxima, pronunciou-se o digníssimo Procurador:

“24. É totalmente desprovida de consistência a interpretação atribuída ao preceito sob análise, no sentido de que somente seria inconstitucional a alteração do próprio inciso XXXVI, do artigo 5º, e não o prejuízo imposto ao seu conteúdo. É que sem a proteção dos direitos adquiridos singularmente considerados, o preceito constitucional restaria inócuo e sem aplicação. Afinal, de que adiantaria garantir a proteção genérica dos direitos adquiridos se o conteúdo de cada direito adquirido individualmente considerado, pudesse ser diretamente atingido por emendas ao texto constitucional? “

Analisando, com precisão, a questão em exame, o mencionado Parecer destaca:



“28. Nesse contexto, não poderia o legislador reformador ter editado dispositivo como o ora impugnado, que veicula norma agressiva ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. A pretensão da autora dirige-se exclusivamente à tutela da higidez constitucional das normas que conferem direitos aos servidores públicos já aposentados e aos pensionistas, vale dizer, já titulares de ato jurídico perfeito, e aos servidores que, na data da EC nº 41/2003, já haviam reunido todos os requisitos necessários à aposentadoria, isto é, titulares de direito adquirido.

29. Incide, reiteramos, sobre o dispositivo objeto da ação em comento, vício de inconstitucionalidade material, por contrariedade ao princípio constitucional da segurança jurídica que J.J.Gomes Canotilho elenca entre os princípios do Estado Democrático de Direito:

” Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas normas.”[2]

30. Não pode, desse modo, o legislador constituído ou constituinte derivado pretender emendar a Constituição com normas retroativas, as quais atingem situações já concretizadas, ferindo direitos públicos e sociais constitucionalmente assegurados pelo legislador constituinte originário.”

Sob o ângulo tributário, o citado Parecer também examinou a constitucionalidade da exação guerreada, concluindo que ela se caracteriza como um imposto sui generis, tendo como fato gerador a percepção de proventos de aposentadoria e pensão, já considerados como fato gerador do imposto de renda, conforme as próprias palavras do insigne Parecerista:

“35. Ocorre que, conforme já reconhecido pelo STF quando do julgamento da ADI 2010-2, a contribuição para a seguridade social é tributo vinculado, ou seja, o produto de sua arrecadação é especificamente “destinado ao custeio e ao financiamento do regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargos eletivos” .

36. Vê-se desse modo, que a contribuição previdenciária só existe em função da necessidade de que sejam custeados serviços e benefícios específicos, os quais pressupõem a existência de uma determinada parcela da população beneficiária, a saber, os contribuintes.

37. Enfim, em sendo a contribuição previdenciária um tributo vinculado, somente poderá ser seu contribuinte o beneficiário da previdência. E na situação ora estudada, opera-se uma peculiaridade: o benefício principal jamais é simultâneo, ou seja, o sujeito passivo paga a contribuição durante longo período de tempo e, quando preenchidos os requisitos, terá direito à aposentadoria e à percepção de determinado provento, que é a retribuição do Estado pelas contribuições anteriormente pagas.



38. De tais considerações decorre uma conclusão, qual seja, a de que se o legislador deseja impor uma nova contribuição deverá também criar um novo benefício que a justifique, sob pena se ter como caracterizada a cobrança de um imposto sui generis cujo fato gerador seria a percepção de proventos de aposentadoria, hipótese que já se configura como fato gerador do imposto de renda.

39. Ao contrário do afirmado nas razões da AGU, não se limitou o STF, no julgamento da retrocitada ADI nº 2010, a vincular a instituição da contribuição previdenciária de inativos e pensionistas à inexistência de uma matriz constitucional, falta que estaria suprida pela edição da Emenda Constitucional nº 41/2003. Naquela oportunidade, também restou assentado que, ante o caráter retributivo do sistema contributivo, sem causa suficiente, não se justifica a instituição ou majoração da contribuição de seguridade social:

” (...) O REGIME CONTRIBUTIVO É, POR ESSÊNCIA, UM REGIME DE CARÁTER EMINENTEMENTE RETRIBUTIVO. A QUESTÃO DO EQUILÍBRIO ATUARIAL (CF, ART. 195, § 5º). CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL SOBRE PENSOES E PROVENTOS: AUSÊNCIA DE CAUSA SUFICIENTE.

Sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício. A existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição.”

40. Observando-se, portanto, que a Emenda Constitucional apenas instituiu nova contribuição previdenciária, sem especificar qualquer novo benefício, tem-se a criação de tributo sem causa, inconstitucional, portanto.

41. Veja-se, por exemplo, o caso dos servidores atingidos pela Emenda Constitucional nº 20/98. Tais servidores somente adquirem o direito à aposentação após recolherem aos cofres públicos uma determinada quantidade de contribuições, já que o artigo 40 da Constituição vincula o tempo de serviço ao tempo de contribuição.

42. Pois bem, nessa hipótese, o que se tem é que o servidor já está sofrendo a tributação destinada ao financiamento da previdência social, isto é, já está recolhendo a contribuição que, obrigatoriamente, se destinará a assegurar que, quando da aposentação, terá ele direito à percepção de determinado provento.

43. Ora, o estabelecimento de uma contribuição sobre os proventos de aposentadoria representa a tributação sobre o benefício a que faz jus o aposentado por já ter contribuído para a previdência. Veja-se, portanto, que não cabe argumentar que a contribuição tem finalidade previdenciária, porque como já afirmado, o regime contributivo previdenciário tem por característica o fato de que o sujeito passivo contribui hoje para garantir um benefício futuro.



44. Resta, portanto, a pergunta: qual o benefício futuro a que terá direito o aposentado ou pensionista que recolher a contribuição nos moldes estatuídos pelo artigo 4º da EC 41/2003?

45. Não há resposta para a pergunta, o que corrobora o entendimento de que o legislador reformador criou tributo sem causa.”

Por outro lado, o apelo ao princípio do solidarismo, que norteia a Seguridade Social, não oferece lastro, quer fático ou jurídico, a exigência da contribuição impugnada.

Mais uma vez, trago à colação o entendimento esposado no Parecer multireferido acerca da questão:

“46. De outro lado, a solidariedade não pode ser utilizada como fundamento para a tributação dos inativos e pensionistas, pois, embora seja um valor incorporado no ordenamento jurídico pátrio, através de princípios como o da capacidade contributiva, consagrado no parágrafo 1º, do artigo 145, da Constituição Federal, não autoriza a criação de novos tributos, não previstos no texto constitucional.

47. Em outras palavras, a Constituição Federal impõe os limites a serem respeitados pelo legislador no momento de imposição da carga tributária, consagrando princípios como o da discriminação das rendas tributárias, o da legalidade, o da isonomia, dentre outros, os quais não podem ser sobrepostos pela solidariedade.

48. Enfim, a criação de uma contribuição previdenciária somente poderia ocorrer caso houvesse uma finalidade concreta vinculada à instituição do novo tributo, isto é, um novo benefício a ser concedido ao contribuinte, não sendo a solidariedade causa ou razão legítima para a imposição da aludida contribuição, haja vista não existir na Constituição Federal previsão acerca de contribuição social para inativos e pensionistas, nem tampouco, comando que possibilite, ainda que por meio de Emenda Constitucional, tributá-los com contribuição cujos sujeitos passivos são, na realidade, os servidores exercentes de cargos efetivos.”

Arrematando suas brilhantes e incontestáveis considerações sobre a inconstitucionalidade da Contribuição em discussão, o iluminado Parecerista vislumbra também agressão ao princípio da igualdade tributária, encravado no art. 150, inciso II, da Carta da República, advertindo que:

“50. Utiliza-se como justificativa para a imposição de exações diferenciadas aos servidores aposentados antes da Emenda Constitucional nº 41 e àqueles aposentados após a entrada desta em vigor, o fato de terem sido submetidos a um tempo de contribuição menor, ou não terem sido submetidos a qualquer contribuição, no caso dos aposentados e pensionistas regidos pelas normas anteriores à EC nº 20/98.



51. A afirmação leva a crer que o legislador buscou punir, através da cobrança de uma contribuição maior, aqueles que se aposentaram antes da edição da EC nº 41/2003, a despeito de terem preenchido todos os requisitos constitucionalmente previstos à época da aposentação. Trata-se de raciocínio ilógico, porquanto não há fundamento para a imposição de verdadeira punição, consubstanciada na obrigatoriedade de recolher valor contributivo maior, a quem conquistou o direito à aposentadoria, exatamente por ter obedecido às normas legais então vigentes.

52. Ademais, o desrespeito ao princípio da igualdade resta evidente, uma vez que não há entre os pretensos contribuintes características que os tornem suficientemente diferenciados. O supratranscrito inciso II, do artigo 150, da Constituição Federal prevê a impossibilidade de imposição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem “em situação equivalente”.

53. No caso sob análise, muito mais do que equivalentes, as situações dos pretensos sujeitos passivos da obrigação são idênticas: todos são servidores aposentados ou pensionistas. Esta é, precisamente, a situação que poderia lhes diferenciar, não havendo que se cogitar de circunstâncias paralelas, como, por exemplo, o fato de já terem contribuído para a previdência, para impor ônus mais elevados a uns ou a outros. ”

O Parecer aqui reportado é daqueles que se costuma dizer que esgota o exame da matéria e pelo seu profundo senso jurídico, embasa esta decisão, onde, inevitavelmente, chego à mesma conclusão a que chegou a Procuradoria-Geral da República, isto é, que deve ser declarada a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária incidente sobre os proventos de aposentadorias e pensões, prevista na Emenda Constitucional nº 41/2003.

Se inconstitucional a Emenda em referência, não tem qualquer eficácia a Medida Provisória nº 167/2004, quanto à introdução do aludido tributo no texto da Lei nº 9.783/99, não merecendo a arguição outras considerações além daquelas já expendidas linhas atrás.

Posto isso, concedo a antecipação de tutela requerida, reconhecendo a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária instituída no art. 4º, parágrafo único, incisos I e II, da Emenda Constitucional nº 41/2003, determinando à União Federal que se abstenha de exigir dos autores a exação impugnada, até decisão ulterior deste Juízo Federal.

Intime-se a ré para cumprir esta decisão, citando-a, em seguida, para apresentar contestação, nos prazo legal.

Cumpra-se com urgência.

Intimem-se.

Publique-se.

Aracaju, 13 de maio de 2004.

Juiz Edmilson da Silva Pimenta

Date Created



17/05/2004