



Jurisprudência da Primeira Seção

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL
N. 549.985 — PR (2004/0103238-8)

Relator: Ministro Luiz Fux

Embargante: União

Embargados: Eliane Frossand da Silva e outros

Advogados: Clemerson Merlin Cleve e outros

EMENTA

Embargos de divergência. Servidor público. Cargo ou função comissionada. Contribuição previdenciária. Ilegalidade.

1. À mingua de dispositivo legal que defina, como base de cálculo, a incidência de contribuição sobre a parcela remuneratória decorrente do exercício de função comissionada, constitui violação aos princípios da legalidade, da vedação de confisco e da capacidade econômica (contributiva), insculpidos nos incisos I e IV do art. 150 e § 1º do art. 145 da Constituição, bem como o princípio da proporcionalidade entre o valor da remuneração de contribuição e o que se reverte em benefícios, posto que, na aposentaria, o servidor receberá tão-somente a totalidade da remuneração do cargo efetivo e não o **quantum** proporcional àquele sobre o qual contribuiu.

2. Os valores remuneratórios de função comissionada ou cargo comissionado não integram a base de cálculo conceituada no art. 1º da Lei n. 9.783/1999. (Precedentes do STJ)

3. O egrégio STF, apreciando a constitucionalidade da Lei n. 9.783/1999 na ADInMC n. 2.010/DF, de relatoria do Ministro Celso de Melo, concluiu que: “o regime contributivo é por essência, um regime de caráter eminentemente retributivo” pelo que “deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício.”

4. Seguindo esta orientação, as Turmas de Direito Público do STJ consagraram posicionamento no sentido de afastar, a partir da edição da Lei n. 9.783/1999, o desconto previdenciário incidente sobre a gratificação pelo exercício de função comissionada, em virtude da supressão de sua incorporação, visto que a contribuição não pode exceder ao valor necessário para o custeio do benefício previdenciário.

5. **A ratio essendi** dos precedentes está em que: “O arcabouço previdenciário vigente está esteado em bases rigorosamente atuariais, de

sorte que, se não houve lamentáveis distorções, deve haver sempre equivalência entre o ganho na ativa e os proventos e as pensões da inatividade.

Por essa razão, é defeso ao servidor inativo, em vista da nota contributiva do regime previdenciário, perceber proventos superiores à respectiva remuneração no cargo efetivo em que se deu a aposentação.

Se é certo que no ensejo da aposentadoria não será percebida a retribuição auferida na ativa concernente ao exercício de cargo em comissão, não faz o menor sentido que sobre o percebido a título de função gratificada incida o percentual relativo à contribuição previdenciária (cf. ROMS n. 12.686/DF, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 05.08.2002 e ROMS n. 12.590/DF, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 17.06.2002)". (ROMS n.12.455, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 12.05.2003).

6. Embargos de divergência rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer dos embargos, mas lhes negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator. Licenciado o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 27 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ de 16.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de de embargos de divergência opostos pela União Federal — Fazenda Nacional, contra acórdão proferido pela egrégia Segunda Turma do STJ, de Relatoria do Ministro Franciulli Netto, ementado nos seguintes termos:

“Agravamento regimental em recurso especial. Contribuição previdenciária. Servidor público. Função comissionada. Não-incidência. Precedentes.

É firme a orientação desta colenda Turma, na linha do que restou decidido na decisão agravada, no sentido da inexigibilidade da contribuição previdenciária sobre os valores percebidos pelos servidores públicos a título de função comissionada.

Se ao servidor inativo não assiste o direito à percepção dos valores auferidos a título de função comissionada durante o período laboral, não faz qualquer sentido o desconto da contribuição sobre tais verbas. Precedentes: ROMS n. 14.707/DF, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 1^a.12.2003 e ROMS n. 12.687/MA, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 22.09.2003.

Agravo regimental improvido.”

A Embargante aponta divergência com o acórdão proferido no AgRg no Ag n. 466.170, julgado pela Primeira Turma, desta relatoria, e com o AgRg no Ag n. 461.495/DF, Relator Ministro José Delgado, cujas ementas merecem transcrição:

“Recurso especial. Salário-educação. Acórdão recorrido fundado em matéria constitucional. Impropriedade da via eleita. Ausência de indicação do dispositivo violado. Súmula n. 284-STF

1. Ausência de indicação do dispositivo supostamente violado, revela a deficiência do recurso a atrair a Súmula n. 284-STF

2. Fundando-se o acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao colendo STF, e a competência traçada para o STJ, no julgamento de recurso especial, restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional.

3. Ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, incumbe velar pela uniformização da aplicação da legislação federal infraconstitucional, pelo que não se conhece de tal apelo extremo quando os argumentos trazidos para a reforma do julgado do Tribunal **a quo** são de índole puramente constitucional, haja vista que se inclui na competência do Supremo Tribunal Federal, conforme art. 102, inciso III, da Carta Magna.

4. **Ad argumentandum tantum**, o STJ, em sede de recurso ordinário em mandado de segurança, onde lhe é permitida a análise de matéria de índole constitucional, entendeu pela legalidade da contribuição previdenciária incidente sobre os valores percebidos a título de função comissionada, tendo em vista que o fato ensejador da referida exação não é a relação custo benefício e sim a natureza jurídica da parcela percebida pelo servidor, que encerra verba recebida em virtude de prestação do serviço

5. *Agravo regimental desprovido.*” (AgRg no Ag n. 466.170, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 10.03.2003)

“Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Servidor público. Função comissionada. Contribuição previdenciária. Princípios da isonomia, da proporcionalidade e da vedação ao confisco. Prevalência do princípio da solidariedade. Precedente.

1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento da parte agravante.

2. A contribuição social do servidor público, que incide também sobre a função em comissão, não viola os princípios da isonomia, da proporcionalidade ou da vedação ao confisco, visto que estes valores financiam não só a previdência social, mas também os direitos relativos à saúde e à assistência social.

3. A circunstância de os valores percebidos por servidor público, em decorrência do exercício de função comissionada, não se incorporarem aos proventos de sua aposentadoria, não tem o condão de fazer com que esses valores deixem de integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária.

4. “A previdência social não é limitada à aposentadoria, mas também a uma série de serviços que o servidor comissionado tem direito, tais como, licença para tratamento de saúde, licença à gestante, licença-paternidade, licença por acidente de serviço etc. Neste contexto, impossível o oferecimento destes serviços sem uma contraprestação que assegure a fonte de custeio respectiva. Inteligência do § 5º do art. 195 da **Lex Mater**.” (ROMS n. 12.356/DF, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 17.09.2001)

5. Precedentes da Primeira Turma desta Corte Superior.

6. As decisões citadas da Segunda Turma não se coadunam com o posicionamento deste Relator, sendo, inclusive, no processo administrativo apreciado pela Corte Especial sobre o tema, um dos votos no sentido da incidência da contribuição previdenciária em debate, posição esta que sigo, por entender, até o momento, ser a mais coerente.

7. *Agravo regimental não provido.*” (AgRg no Ag n. 461.495, Relator Ministro José Delgado, DJ de 16.02.2002)

Aduz a União embargante que no aresto embargado, restou consignada a não-incidência da contribuição previdenciária sobre a função comissionada, enquanto que os arestos paradigmas (AgRg no Ag n. 466.170, desta relatoria e AgRg no Ag n. 461.495, Relator Ministro José Delgado) entendem pela incidência da contribuição previdenciária.

Processados os embargos, os mesmos foram admitidos, abrindo-se vista para a embargada apresentar sua impugnação, a qual deixou passar o prazo **in albis**, consoante certidão de fl. 189.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, a divergência com o AgRg no Ag n. 466.170, de minha relatoria, não restou configurada, porquanto o acórdão paradigma trata de salário-educação e não de função comissionada.

Entretanto, conheço da divergência em relação ao AgRg no Ag n. 461.495, Relator Ministro José Delgado, posto que devidamente demonstrado o dissídio.

Como é de sabença, a previdência social é instrumento de política social do governo, sendo certo que sua finalidade primeira é a manutenção do nível de renda do trabalhador em casos de infortúnios ou de aposentadoria, abrangendo atividades de seguro social definidas como aquelas destinadas a amparar o trabalhador nos eventos previsíveis ou não, como velhice, doença, invalidez: aposentadorias, pensões, auxílio-doença e auxílio-acidente do trabalho, além de outros benefícios ao trabalhador.

Por seu turno, o art. 195, § 5º, da Carta Magna, determina que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. Assim, a concessão dos benefícios restaria inviável não houvesse contraprestação que assegurasse a fonte de custeio.

O sistema de previdência social vem sendo reformulado no afã de imprimir uma melhor distribuição de rendas, bem como reduzidas as desigualdades sociais, como revelou-se o escopo da Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, que trouxe novos contornos à previdência social, que assim dispõe, **in verbis**:

“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei a:

- I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2^o.”

No que pertine aos servidores públicos, dita redação foi mantida no art. 40 do mesmo diploma legal, **in verbis**:

“Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Consoante se observa, foi assegurado aos servidores públicos regime de previdência de caráter contributivo, verificando-se os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, bem como previstas regras gerais de aposentadoria para os servidores titulares de cargos efetivos, sem alterar, no entanto, a forma de incidência da mencionada exação.

Por essa razão, era assente na Turma que a contribuição social do servidor público, que incide também sobre a função em comissão, não viola os princípios da isonomia, da proporcionalidade ou da vedação ao confisco, visto que estes valores financiam não só a previdência social, mas também os direitos relativos à saúde e à assistência social.

Deveras, entendia a Corte que o fato ensejador da contribuição previdenciária não é a relação custo benefício e sim a natureza jurídica da parcela percebida pelo servidor, ou seja, tratando-se de verba recebida em virtude de prestação do serviço exercido, deverá, necessariamente, contribuir para a previdência social.

Todavia, precedentes recentes da Turma, inspirados no voto do eminente Ministro Maurício Corrêa, proferido em Sessão Administrativa do STF, de 18.12.2002, afirmam a não-incidência da contribuição previdenciária sobre função comissionada não-incorporável.

Na decisão administrativa, determinou-se que o custeio do regime previdenciário dos servidores públicos deve observar a proporcionalidade entre a contribuição e o benefício dela decorrente, deixando claro que a contribuição previdenciária deve atender à relação custo benefício.

Nessa mesma linha de entendimento, o egrégio STF, apreciando a constitucionalidade da Lei n. 9.783/1999 na ADIMC n. 2.010/DF, de relatoria do Ministro Celso de Melo, concluiu que: “o regime contributivo é por essência, um regime de caráter eminentemente retributivo” pelo que “deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício.”

Segue-se, abaixo, o texto da decisão proferida em sede administrativa pelo egrégio STF:

“Examinando a questão, no que pelo sistema antigo, o servidor podia aposentar-se com as vantagens do cargo efetivo, acrescido das vantagens do cargo em comissão (atualmente função comissionada). Isso ocorria pela aposentadoria no cargo efetivo com a opção pelo cargo em comissão, ou com a aposentadoria no próprio cargo em comissão (art. 193 da Lei n. 8.112/1990). Também era facultado ao servidor incorporar os chamados quintos, ou seja, a partir do exercício de uma determinada função, seu valor ia sendo incorporado definitivamente ao vencimento, vantagem essa que, ao final, compunha os proventos de aposentadoria.

A Constituição Federal, por sua vez, previa em seu art. 40 que o servidor se aposentaria com proventos integrais. No § 5º fazia alusão à totalidade dos vencimentos. Portanto, no sistema constitucional e legal anterior à Emenda n. 20/1998, o servidor público ocupante de função comissionada podia levar para a aposentadoria vantagens pecuniárias decorrentes desse exercício, sendo mesmo lógico que incidisse a contribuição previdenciária sobre essa parcela.

O sistema, no entanto, foi sensivelmente alterado pela EC n. 20/1998. O § 3º do art. 40 da CF passou a ter a seguinte redação:

‘§ 3º Os proventos de aposentadoria, por ocasião de sua concessão, serão calculados com base na remuneração dos servidores no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração’.

Portanto, a aposentadoria passou a ter por parâmetro exclusivamente o cargo efetivo, não mais se cogitando do cargo em comissão ou função comissionada. Por outro lado, o art. 193 foi revogado pela Lei n. 9.527, de 10.12.1997, que também extinguiu a incorporação de quintos.

A nova sistemática, portanto, não autoriza que o servidor se aposente com as vantagens decorrentes do exercício do cargo em comissão, seja diretamente, ou mesmo indiretamente por via da incorporação de quintos. Salvo direitos adquiridos, preservados a título de vantagens pessoais, é certo que a função comissionada não é hoje considerada para fins de fixação dos proventos de aposentadoria ou pensão estatutária. Nem mesmo a opção pode ser levada para inatividade, dado que ela configura um acréscimo à remuneração do cargo efetivo, não a integrando, portanto (art. 5º da Lei n. 10.475/2002).

Nesses termos, parece igualmente lógico que não incida a contribuição previdenciária sobre essa parcela, até em face do que dispõem os arts. 40, § 12, c.c. o art. 201, § 11, e o art. 195, § 5º, todos da Constituição Federal.

Por outro lado, tenho que o sistema legal também não autoriza a cobrança. A Lei anterior (9.630/1996) adotava como base de cálculo para a contribuição a remuneração do servidor prevista na Lei n. 8.852/1994, ou seja, a soma dos vencimentos com os adicionais de caráter individual e demais vantagens, nestas compreendidas as relativas à natureza ou ao local de trabalho e a prevista no art. 62 da Lei n. 8.112, de 1990, ou outra paga sob o mesmo fundamento, sendo excluídas: (...)

É de observar que as retribuições pelo exercício da função comissionada constava expressamente no conceito de remuneração adotado pela lei para fins de contribuição previdenciária. Além dela, incluíam-se na base de cálculo os vencimentos e todas as demais vantagens a ele inerentes.

Atualmente vigê a Lei n. 9.783/1999, que adotou outra base de cálculo, que denominou ‘remuneração de contribuição’, nos seguintes termos:

‘Parágrafo único. Entende-se como remuneração de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual, ou quaisquer vantagens, inclusive as relativas à natureza ou ao local de trabalho, ou outra paga sob o mesmo fundamento, excluídas: (...).’

Vê-se, desde logo, que não há mais menção expressa quanto aos valores decorrentes do exercício de função comissionada. Portanto, a lei nova, hoje em vigor, manteve na base de cálculo da contribuição o vencimento e as vantagens a ele inerentes, quaisquer que sejam elas, e não mais tratou da função comissionada (art. 62), até porque, como visto, o sistema constitucional vigente não mais autoriza que essa parcela específica integre os proventos de aposentadoria.

Registro que não é possível considerar a retribuição do cargo em comissão como quaisquer vantagens, por ausente qualquer correlação com o cargo efetivo. Na verdade, o cargo em comissão é circunstancial, eventual e transitório. O servidor pode ser nomeado e demitido a qualquer momento. Tanto assim é que na lei anterior o legislador teve que expressamente incluir a parcela na base de cálculo da contribuição previdenciária.

Finalmente, é importante distinguir seguridade social e previdência social. A primeira, além de abranger a segunda, inclui a assistência social e a saúde. Essas duas últimas, porém, não são custeadas pelas contribuições dos servidores que se limitam a colaborar com o ente público no custeio do regime de previdência e não da seguridade social como um todo (CF, art. 40, **caput**, e art. 1^a da Lei n. 9.873/1999). *Além disso, o sistema contributivo pressupõe uma necessária correlação entre a contribuição e o benefício.*

Por outro lado, o Procurador-Geral da República, ao emitir parecer nos autos da AO n. 945/RO, de minha relatoria, defendeu essa mesma tese nos seguintes termos:

‘Com o advento da Emenda Constitucional n. 20/1998, o regime contributivo e a correspondência entre montantes globais de contribuição e benefício foram mantidos, mas a correspondência passou a ter caráter individual, para cada servidor. A parcela com a qual o servidor contribuiu para a previdência deve equivaler, no futuro, ao benefício por ele percebido por ocasião de sua aposentadoria, não devendo incidir sobre as parcelas não incorporáveis ao seu vencimento a contribuição previdenciária. Portanto, de acordo com a legislação atual, a contribuição previdenciária do servidor público tem caráter de capitalização coletiva e há correção entre benefício e a contribuição.’

Após mencionar a já citada decisão do TCU e a ADIMC n. 2.010, Celso de Mello, DJ de 12.04.2002, assim conclui o Professor **Geraldo Brindeiro**:

‘Ora por ser de capitalização coletiva e de correlação entre o valor das contribuições e dos benefícios o regime atualmente adotado, por ser inviável a incorporação aos proventos da retribuição pelo exercício da função comissionada e ante a ausência de menção a essa retribuição, expressamente arrolada na legislação anterior, na vigente Lei n. 9.783/1999, não se revela possível integrá-la na base de cálculo da contribuição previdenciária.’

A mencionada ação originária foi extinta por decisão monocrática.

Portanto, penso que a proposta da Administração está correta e bem fundamentada. A partir da Lei n. 9.873/1999 e na forma do sistema atualmente em vigor, não cabe mais o desconto de contribuição previdenciária sobre a retribuição devida pelo exercício de função comissionada.”

Por fim, à luz do princípio da legalidade (art. 37 da CF), a Administração está, em toda a sua atividade, aprisionada aos ditames da lei, não podendo dar interpretação extensiva ou restritiva, se a norma assim não dispuser. Desta forma, a lei funciona como balizamento mínimo e máximo na atuação estatal. Qualquer ato deve estar atrelado a sua amplitude, sob pena de invalidade e conseqüente responsabilidade de seu autor.

No mesmo diapasão, a doutrina de **Hely Lopes Meirelles**, in “Direito Administrativo Brasileiro”:

“A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei, já que na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’, para o administrador público significa ‘deve fazer assim’ (...).”

“Vantagens pecuniárias são acréscimos de estipêndio do servidor, concedidas a título definitivo ou transitório, pela decorrência do tempo de serviço (*ex facto temporis*), ou pelo desempenho de funções especiais (**ex facto officii**), ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço (**propter laborem**) ou, finalmente, em razão de condições especiais do servidor (**propter personam**). As duas primeiras espécies constituem os adicionais (adicionais de vencimentos e adicionais de função), as duas últimas formam a categoria das gratificações (gratificações de serviço e gratificações pessoais). Todas elas são espécies do gênero retribuição pecuniária, mas se apresentam com características próprias e efeitos peculiares em relação ao beneficiário e à Administração.

Certas vantagens incorporam-se automaticamente ao vencimento (**v.g.**, por tempo de serviço) e o acompanham em todas as mutações, inclusive quando se converte em proventos de inatividade (vantagens pessoais subjetivas); outras apenas são pagas com o vencimento, mas dele se desprendem quando cessa a atividade do servidor (vantagens de função ou de serviço); outras independem do exercício do cargo ou da função, bastando a existência da relação funcional entre o servidor e a Administração (**v.g.** salário-família), e, por isso, desde que subsista o fato ou a situação que as gera (vantagens pessoais objetivas)”. (**Hely Lopes Meirelles**, in “Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros Editores, 22^a ed.)

Forçoso concluir que, à mingua de dispositivo legal nesse sentido, a incidência de contribuição sobre a parcela remuneratória decorrente do exercício de função

comissionada constitui violação aos princípios da legalidade, da vedação de confisco e da capacidade econômica (contributiva), insculpidos nos incisos I e IV do art. 150 e § 1º do art. 145 da Constituição, bem como ao princípio da proporcionalidade entre o valor da remuneração de contribuição e o que se reverte em benefícios, haja vista que os proventos do servidor serão calculados sobre a totalidade da remuneração do cargo efetivo e não o **quantum** proporcional àquele sobre o qual contribuiu.

Seguindo esta orientação, as Turmas de Direito Público do STJ consagraram posicionamento no sentido de afastar, a partir da edição da Lei n. 9.783/1999, o desconto previdenciário incidente sobre a gratificação pelo exercício de função comissionada, em virtude da supressão de sua incorporação, visto que a contribuição não pode exceder ao valor necessário para o custeio do benefício previdenciário. A propósito, trazemos à colação os seguintes julgados da Primeira Seção do egrégio STJ, assim ementados:

Previdenciário. Contribuição previdenciária. Função comissionada. Base de cálculo. Lei n. 9.783/1999.

1. Pela regra do art. 195, § 5º, da Constituição Federal “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

“Não se pode criar fonte de custeio sem o benefício correspondente”, ADIn n. 790-4/DF.

2. “Os valores remuneratórios de função comissionada ou cargo comissionado não integram a base de cálculo conceituada no art. 1º da Lei n. 9.783/1999”. Decisão n. 683/2001-Plenário do TCU.

3. “A função comissionada não é hoje considerada para fins de fixação dos proventos de aposentadoria ou pensão estatutária. Nem mesmo a opção pode ser levada para inatividade, dado que ela configura um acréscimo à remuneração do cargo efetivo, não a integrando, portanto art. 5º da Lei n. 10.475/2002” — STF — Proc. n. 316.794/2002 —.

4. A contribuição previdenciária tem natureza tributária pelo que não se admite a sua aplicação por analogia ou interpretação extensiva.

5. **In casu**, a Lei n. 1.004/1996 expressamente veda a acumulação da função comissionada com a remuneração recebida pelo titular do cargo efetivo, pelo que não remanesce dúvida quanto à não incidência da contribuição previdenciária sobre as parcelas que não serão incorporadas aos vencimentos dos servidores no exercício de funções comissionadas.

6. Recurso ordinário provido. (ROMS n. 14.707, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 1^a.12.2003)

“Recurso ordinário. Mandado de segurança. Servidor público. Contribuição previdenciária. Repercussão sobre os valores decorrentes do exercício de função comissionada para efeito de aposentadoria. Impossibilidade.

1. O regime previdenciário dos servidores públicos tem caráter contributivo (EC n. 20/1998), constituindo verdadeiro confisco o desconto de contribuição previdenciária sobre vantagens pecuniárias não integrantes das parcelas remuneratórias do cargo efetivo para fins de aposentação.

2. A natureza contributiva do desconto para a previdência deverá limitar-se ao benefício a ser recebido.

3. Recurso ordinário conhecido e provido.” (ROMS, Relator Ministro Peçanha Martins, DJ de 22.09.2003)

“Previdenciário — Contribuição — Servidores comissionados — Base de cálculo — Lei n. 9.783/1999.

1. Os servidores que exercem cargos em comissão, funções comissionadas ou gratificadas, pela Lei n. 9.783/1999 (art. 2^a), passaram a recolher com base na remuneração e mais o valor da função, mesmo não integrando a gratificação a base de cálculo para a auferição dos futuros proventos.

2. Entendimento administrativo do STJ no sentido de só fazer incidir a contribuição sobre os vencimentos do cargo efetivo, porque suspensa a eficácia do art. 2^a da Lei n. 9.783/1999 pelo STF (ADIn n. 2.010/DF, Relator Ministro Celso de Mello).

3. Recurso ordinário provido.” (RMS n. 12.686/DF, Relator Ministro Eliana Calmon)

Por derradeiro, vislumbra-se que o TCU também se manifestou sobre a matéria na Decisão do Plenário n. 684/2001, de cuja ementa merece transcrição:

“Administrativo. Representação formulada por unidade técnica do TCU. Dúvida acerca da incidência da contribuição previdenciária sobre a parcela correspondente à remuneração da função comissionada, ante o disposto na Lei n. 9.783/1999. Análise da matéria. Preservação do equilíbrio financeiro-atuarial. Não-incidência da contribuição social sobre a retribuição pelo exercício de função comissionada. Emenda Constitucional n. 20/1998. Considerações.”

Extrai-se do voto a seguinte conclusão:

“Desse modo, se com a promulgação da EC n. 20/1998, a correspondência entre contribuições e benefícios passou a ser individual e esses benefícios não podem incluir a retribuição da função comissionada, esta retribuição da função comissionada não deve compor a base de cálculo das contribuições, aplicando-se este raciocínio às vantagens transitórias não incorporáveis aos proventos de aposentadoria ou pensões. Assim, entendendo que a partir da vigência da EC n. 20/1998 deverá ser excluída a remuneração da função comissionada ou do cargo em comissão da base de cálculo da contribuição previdenciária.”

Por todos esses fundamentos, *rejeito* os embargos de divergência, para prevalecer o entendimento do aresto embargado.

É o voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO
N. 459.961 — RJ (2004/0110451-8)**

Relator: Ministro Luiz Fux

Embargante: Estado do Rio de Janeiro

Procuradores: Alde da Costa Santos Junior e outros

Embargada: Smithkline Beecham Brasil Ltda

Advogados: Maria Cecilia do Rego Macedo e outros

EMENTA

Depósito prévio como requisito de admissibilidade do recurso administrativo. Inocorrência de vício de inconstitucionalidade. Princípios do contraditório e da ampla defesa preservados. Precedentes do STF e STJ.

1. O duplo grau obrigatório não é inerente ao contencioso administrativo, restando constitucional a exigência de depósito prévio para fins de interposição de recurso administrativo. Precedentes do STF. Precedentes: RE n. 311.023-3/RJ, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 18.09.2001; RE n. 215.979/RS, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ de 04.05.2001

2. A exigência do depósito recursal administrativo não viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV) e do devido processo legal (art. 5º, LIV).

3. Ao contribuinte, em sede de processo administrativo, após o lançamento do crédito, concede-se a oportunidade de apresentar defesa,

produzir todas as provas que julgar necessárias, preservado-se, assim, as cláusulas constitucionais pétreas do contraditório e da ampla defesa.

4. A exigência do depósito, malgrado legítimo, não impede o acesso à Justiça, amparado, inclusive, pela possibilidade de requerimento e concessão da gratuidade integral, consoante previsto pela Carta Magna e extensível às pessoas jurídicas na forma da jurisprudência majoritária do egrégio STJ.

5. O depósito prévio para a interposição de um novo recurso evita a postergação da solução administrativa, mercê de propiciar objetiva e célere percepção dos impostos pela Administração.

6. Embargos de divergência acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer dos embargos e dar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator. Licenciado o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 27 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ de 16.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Cuida-se de embargos de divergência opostos pelo Estado do Rio de Janeiro, em face de acórdão prolatado quando do julgamento do Agravo de Instrumento n. 459.961/RJ, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, que julgou o próprio recurso especial, cuja ementa restou vazada nos seguintes termos:

“Processual Civil. Porte de remessa e retorno. Exigência de comprovação. Lei n. 10.352/2001. Art. 544, § 1º, do CPC. Recurso administrativo. Depósito prévio.

1. Com a nova redação do art. 544, § 1º, do Código de Processo Civil, após a vigência da Lei n. 10.352/2001, em 26 de março de 2002, não mais se

exige a comprovação do pagamento da taxa de porte e retorno na formação do agravo de instrumento. Conhecimento do recurso.

2. É entendimento pacífico desta Corte de que o depósito de 30% (trinta por cento), exigido de pessoas jurídicas, para dar seguimento a recurso administrativo é incompatível com o art. 151 do Código Tributário Nacional.

3. Agravo conhecido. Recurso especial provido.”

Afirma a Embargante a existência de dissídio pretoriano, que demonstra colacionando julgado da Primeira Turma, de relatoria do eminente Ministro José Delgado no REsp n. 495.808, que assenta a legalidade do depósito prévio para a interposição de recurso administrativo, espelhado na seguinte ementa:

“Tributário. Recurso administrativo. Condicionante de depósito prévio. Legalidade/constitucionalidade. Precedentes do colendo STF e desta Corte Superior.

1. Recurso especial interposto contra v. acórdão que considerou incompatível com o art. 151 do CTN, a exigência de depósito prévio de 30% do valor da multa para a interposição de recurso administrativo.

2. Consoante jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior, é constitucional e legal a condicionante do depósito prévio para a interposição de recurso administrativo, não obstante considerar-se que a Constituição Federal de 1988 não garante o duplo grau de jurisdição administrativa (ADIMC n. 1.049, ADIns ns. 836-6/DF, 922/DF e 1976/DF, RREE ns. 210.244/GO e 235.833/GO).

3. Recurso provido.” (REsp n. 495.808, Relator Ministro José Delgado)

Sustenta a embargante que da comparação analítica da decisão ora hostilizada com o acórdão colacionado evidencia-se o dissídio pretoriano, tendo em vista que o egrégio STF já decidiu pela constitucionalidade da exigência prévia do depósito de **quantum** parcial do valor do débito para interposição de recurso administrativo.

Processados os embargos, os mesmos foram admitidos, abrindo-se vista para a embargada apresentar sua impugnação, a qual alegou que o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre a questão tão-somente em sede de medida cautelar, estando referidas ações pendentes de pronunciamento final por aquela Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Com efeito, a exigência do depósito recursal não viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa

(art. 5º, LV) e do devido processo legal (art. 5º, LIV). Diversamente, permite que o Estado, diante de recursos manifestamente infundados, recupere parte do débito fiscal, relevantíssimo para a satisfação das necessidades coletivas.

Destarte, a exigência do depósito e sua constitucionalidade são matérias pacificadas no âmbito do STF e do STJ como se colhe dos arestos abaixo colacionados:

“Recurso extraordinário. Admissibilidade de recurso administrativo. Depósito de 30% do valor do débito.

O Plenário desta Corte, ao julgar a ADIMC n. 1.922, de que fui Relator, indeferiu o pedido de medida liminar contra o § 2º do art. 33 do Decreto Federal n. 70.235/1972, com a redação dada pelo art. 32 da Medida Provisória n. 1.863-53/1999 (resultado de reedições sucessivas, e entre elas se acha a Medida Provisória n. 1.621-30/1999), por entender ausente a plausibilidade jurídica da tese de ofensa aos incisos XXXIV, XXXV, LIV e LV do art. 5º da Constituição. Salientou-se, ainda, nesse acórdão que isso ocorria inclusive pela inexistência, na Carta Magna, da garantia ao duplo grau de jurisdição na via administrativa, sendo esse depósito requisito de admissibilidade de recurso administrativo e não o pagamento de taxa para o exercício do direito de petição. Posteriormente também foi decidido no RE n. 234.425 em caso análogo”. (RE n. 311.023-3/RJ, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 18.09.2001)

“Extraordinário. Infração às normas trabalhistas. Processo administrativo. Contraditório e ampla defesa. Penalidade. Notificação. Recurso perante a DRT. Exigência do depósito prévio. Multa. Pressuposto de admissibilidade e garantia recursal. Afronta ao art. 5º, IV, CF. Inexistência.

1. Processo administrativo. Imposição de multa. Prevê a legislação especial que, verificada a infração às normas trabalhistas e lavrado o respectivo auto, o infrator dispõe de dez dias, contados do recebimento da notificação, para apresentar defesa no processo administrativo (art. 629, § 3º, CLT) e, sendo esta insubsistente, exsurge a aplicação da multa mediante decisão fundamentada (art. 635, CLT). Não-observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa: alegação improcedente.

2. Recurso administrativo perante a DRT. Exigência de comprovação do depósito prévio. Pressuposto de admissibilidade e garantia recursal.

2.1. Ao infrator, uma vez notificado da sanção imposta em processo administrativo regular, é facultada a interposição de recurso no prazo de dez dias, instruído com a prova do depósito prévio da multa (art. 636, § 2º, CLT), exigência que se constitui em pressuposto de admissibilidade.

2.2. Violação ao art. 5º, LV, CF. Inexistência. Em processo administrativo regular, a legislação pertinente assegurou ao interessado o contraditório e a ampla defesa. A sua instrução com a prova do depósito prévio da multa não constitui óbice ao exercício do direito constitucional do art. 5º, LV, CF, por se tratar de pressuposto de admissibilidade e garantia recursal, dado que a responsabilidade do infrator, representada pelo auto de infração, restou aferida em decisão fundamentada.

Recurso conhecido e provido.” (RE n. 215.979/RS, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ de 04.05.2001).

“Tributário. Depósito prévio de 30% do valor da exação. Condição de procedibilidade do recurso administrativo. Legalidade.

1. É válida a exigência de depósito prévio para admissão de recurso hierárquico em processo administrativo fiscal, consoante entendimento jurisprudencial consolidado no STF e no STJ.

2. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp n. 680.249, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 09.02.2005)

“Processo Civil e Tributário. Agravo de instrumento. Recurso administrativo. Depósito prévio. Legalidade.

1. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, III, do CTN, decorre da interposição de recurso administrativo. Esse, por sua vez, tem como condição de admissibilidade o depósito prévio, nos termos da legislação específica. (AROMS n. 14.030/RJ, Relator Ministro Eliana Calmon, DJ de 09.09.2002.)

2. Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag n. 573.874/SP, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 16.08.2004)

“Tributário e Administrativo — Recurso — Depósito prévio da multa, no valor de 30% da exigência fiscal — Legalidade — CTN, art. 151, III — Precedentes STF e STJ.

— O egrégio Supremo Tribunal Federal, por seu Plenário, reconheceu a constitucionalidade da exigência do depósito da multa como condição de admissibilidade do recurso administrativo (ADIn n. 1.049 e RE n. 210.246-6/GO).

— O Superior Tribunal de Justiça, na esteira desse entendimento, firmou posição no sentido da legalidade da exigência do depósito prévio como condição para o recebimento do recurso administrativo, não ofendendo o art. 151, III, do CTN.

— Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 608.531, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 05.08.2004)

“Processo Civil e Tributário — Agravo regimental — Recurso administrativo — Depósito prévio — Art. 151, III do CTN — Suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

1. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, III, do CTN, decorre da interposição de recurso administrativo. Este, por sua vez, tem como condição de admissibilidade o depósito prévio, nos termos da legislação específica.

2. O STJ e o STF, na esfera de competência própria, concluíram pela validade da exigência do depósito prévio no recurso administrativo.

3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 574.434/MT, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13.12.2004)

“Tributário. Recurso especial. Exigibilidade do depósito prévio. Recurso administrativo. Ausência de incompatibilidade com o art. 151, inciso III, do CTN. Precedentes do STF e STJ.

1. O pressuposto de admissibilidade do recurso administrativo, consubstanciado na exigência do depósito recursal, não se incompatibiliza com a regra prevista no art. 151 do CTN.

2. A adequada interposição do recurso administrativo, com o recolhimento prévio do depósito, nos termos do que dispõe o art. 126, § 1º, da Lei n. 8.213/1991, com a redação dada pelo art. 10 da Lei n. 9.639/1998, tem como consequência jurídica a suspensão da exigibilidade do crédito.

3. A jurisprudência do STF e a do STJ concluíram pela constitucionalidade e legalidade da exigência do depósito prévio recursal.

4. Recurso especial provido.” (REsp n. 667.127/SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 07.10.2004)

“Recurso especial. Recurso administrativo. Exigência de depósito prévio. Legalidade. Art. 151, III, do CTN. Precedentes.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento segundo o qual a exigência em exame não ofende o art. 151, III, do CTN, uma vez que, preenchidos os requisitos de admissibilidade determinados por lei, entre os quais o depósito prévio, a exigibilidade do crédito tributário continua suspensa com a interposição do recurso administrativo.

Mais a mais, no Supremo Tribunal Federal predomina o entendimento segundo o qual a referida exigência é constitucional, pois não se insere, na Constituição Federal, garantia de duplo grau de jurisdição na via administrativa. Com efeito, o direito de petição distingue-se do direito do contribuinte de interpor recurso voluntário com o intuito de obter um novo exame da decisão proferida pela Administração Pública em primeira instância.

Recurso especial provido.” (REsp n. 617.681/RJ, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 17.06.2004).

Afigura-se, assim, legítima a pretensão do Agravante, posto que tanto o STF quanto o STJ revelam sólida jurisprudência acerca da constitucionalidade do depósito prévio na instância administrativa.

Por todos esses fundamentos, acolho os embargos de divergência, para prevalecer o entendimento do aresto paradigma (REsp n. 495.808).

É o voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 9.577 — DF (2004/0030537-2)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins

Impetrante: Irany Brizola Rotta

Advogado: Inemar Baptista Penna Marinho

Impetrados: Ministro de Estado da Defesa, Comandante do Exército e Diretor da Seção de Inativos e Pensionistas/1 SIP do Exército

EMENTA

Mandado de segurança — Tributário — Imposto de renda e pensão militar — Anistiado político — Isenção — Lei n. 10.599/2002 e Decreto n. 4.897/2003 — Decadência afastada — Relação jurídica de trato sucessivo — Prazo — Devolução dos valores indevidamente descontados — Impossibilidade — Súmula n. 271 do STF — Concessão parcial da ordem — Precedentes.

— O impetrante, servidor público militar, está subordinado hierarquicamente ao Ministro de Estado da Defesa e ao Comandante do Exército, partes legítimas passivas para figurar na relação processual.

— Os descontos indevidos reclamados são autorizados pelo Diretor da Seção de Inativos e Pensionistas do Exército, caracterizando a sua legitimidade passiva na ação mandamental.

— Afasta-se a preliminar de mérito da decadência, já que caracterizada a relação jurídica de trato sucessivo, pelos descontos indevidos nos pagamentos mensais dos proventos do impetrante. A partir de cada ato administrativo praticado renova-se a contagem do prazo para impetração do **mandamus**.

— Os anistiados políticos, mesmo que não tenham sido submetidos à “mudança de regime” do art. 19 da Lei n. 10.559/2002, têm direito à isenção de imposto de renda, nos termos do Decreto n. 4.897/2003.

— Há que ser concedida, igualmente, a isenção da contribuição previdenciária incidente sobre a pensão militar prevista no **caput** do art. 9º da Lei n. 10.559/2002, embora o Decreto n. 4.897/2003 a ela não tenha se referido, aplicando-se tratamento jurídico igualitário àquela prevista no parágrafo único do mesmo dispositivo (imposto de renda).

— A restituição das quantias descontadas em período anterior à impetração deverá ser postulada em ação própria, já que em mandado de segurança não cabe discussão sobre efeitos patrimoniais pretéritos, **ex-vi** do enunciado da Súmula n. 271-STF.

— Segurança concedida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a segurança. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Denise Arruda. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão. Licenciado o Sr. Ministro Franciulli Netto. Presidiu o julgamento a Srª. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 27 de abril de 2005 (data do julgamento).

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Trata-se de ação mandamental impetrada por Irany Brizola Rotta, militar da reserva do Exército, contra ato do Sr. Ministro de Estado da Defesa, do Comandante do Exército e do Diretor da Seção de Inativos e Pensionistas do Exército, que determinou o desconto das contribuições do imposto de renda e pensão militar do contracheque do impetrante.

O impetrante em suas razões alega que é Coronel do Exército, reformado pelo Ato Institucional n. 5, de 13.12.1968, c.c. o art. 1º, II, do Ato Complementar n. 39, de 20.12.1968 e anistiado pela Lei n. 6.683/1979 e EC n. 26/1985; que pela Lei n. 10.559, art. 9º, de 13.11.2002 tornou-se isento do recolhimento do IRPF na fonte e da pensão militar; que o Decreto n. 4.897/2003, que regulamenta o referido art. 9º, reforçou os termos do preceito legal explicitando que a isenção estende-se às “aposentadorias, pensões ou proventos de qualquer natureza pagas aos já anistiados políticos, civis ou militares, nos termos do art. 19 da Lei n. 10.559, de 13 de novembro de 2002”.

Aduz que as autoridades impetradas, descumprindo tais determinações, desafiaram a autoridade do Presidente da República, cometendo crime de desobediência, prescrito no art. 330 do CPB.

Invoca precedentes deste Tribunal e da 12ª Vara da Justiça Federal do Rio de Janeiro que decidiram sobre o tema no mesmo sentido do pleito requerido.

Ao final, reiterando ser anistiado político e, portanto, nada tendo a requerer junto à Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, requer medida liminar que lhe assegure isenção imediata do desconto do imposto de renda na fonte e contribuição de pensão militar, pelos impetrados, bem como as restituições das quantias descontadas indevidamente a título das mesmas contribuições, a partir de 05.10.1988, nos termos do § 6º do art. 6º da Lei n. 10.559, de 13.11.2002.

Concedi a liminar requerida, determinando a suspensão dos descontos a partir do mês de março de 2004 e solicitei informações das autoridades coatoras (fl. 136).

Ao prestar as informações solicitadas, o Sr. Ministro de Estado do Exército sustenta a sua ilegitimidade passiva para figurar como impetrado, ao fundamento de que o Comando do Exército possui órgão específico para cuidar dos direitos, deveres e obrigações dos inativos, quais sejam, as Seções de Inativos e Pensionistas, existentes em todas as regiões militares. E que o impetrante não fez prova de que tenha requerido a suspensão do pagamento da pensão militar e que o pedido tenha sido indeferido.

Alega, ainda, a ocorrência da decadência do direito de ação em face do art. 18 da Lei n. 1.533/1951, já que o impetrante afirma que o seu direito nasceu com a MP n. 65, de 28.08.2002, mas, no entanto, só ingressou com a medida em 10.03.2004, quando ultrapassado o prazo de 120 (cento e vinte) dias para interposição da impetração.

No mérito, observa que o impetrante era militar do Exército e não foi impedido de exercer na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964 e n. S-285-GM5, (ADCT/1988, art. 8º, § 3º) não podendo se beneficiar da Lei n. 10.559, de 12.11.2002, que regulamentou o referido art. 8º do ADCT de 1988.

Em síntese, sustenta a inconstitucionalidade da MP n. 65/2002 e da Lei n. 10.559/2002, que regulamentando o ADCT, art. 8º, concedeu favores extrapolando a autorização constitucional.

Acrescenta que o art. 9º, parágrafo único, da Lei n. 10.559/2002 refere-se à contribuição ao INSS, às caixas de assistência ou fundos de pensão ou previdência, mas não à pensão militar, regida por lei específica.

O Ministro da Defesa, atendendo à solicitação de informações, alega preliminarmente a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo do presente **mandamus**, sustentando que a Lei n. 10.559/2002, ao instituir o regime jurídico do anistiado político, conferiu ao Senhor Ministro de Estado da Justiça a competência para decidir os casos fundados na referida lei (art. 10º). Esclarece que o art. 19 do mesmo diploma legal criou a possibilidade de substituição de regime de anistias concedidas por lei anterior à Lei n. 10.559/2002 pelo novo regime. E que o impetrante não requereu a sua mudança de regime perante o Ministério da Justiça, a fim de gozar benefícios trazidos pela Lei de Anistia. Aduz ser necessário observar as disposições do Decreto n. 4.897, de 25 de novembro de 2003, que regulamentou a Lei n. 10.559/2002, restando clara a necessidade de substituição do regime de anistiado.

Quanto ao mérito, reconhece o Sr. Ministro da Defesa que o impetrante, como anistiado político, tem o direito à isenção de imposto de renda sobre seus benefícios, bem como à restituição dos valores descontados a esse título, a partir de 28 de agosto de 2002, já que o art. 2º do Decreto n. 4.897/2003, que regulamentou o art. 9º da Lei de Anistia dispôs expressamente que o referido decreto produz efeito a partir de 29.08.2002.

O Diretor de Civil, Inativos e Pensionistas do Ministério da Defesa, ao prestar as informações solicitadas, afirmou que:

— o mandado de segurança foi atingido pela decadência **ex vi** do disposto no art. 18 da Lei n. 1.533/1951. Se o direito do impetrante nasceu com a MP n. 65, de 28 de agosto de 2002 e só em 17 de março de 2004 foi requerida a ordem, já ultrapassado o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a impetração;

— a Lei n. 10.559/2002, que regulamentou o art. 8º, § 3º, do ACDT inovou na ordem jurídica, ampliando o favor legal a hipóteses não previstas pelo legislador constitucional, já que o referido “art. 8º, § 3º, confere indenização apenas para os que ficaram impedidos de exercer atividade profissional específica, em face das portarias do então Ministério da Aeronáutica,” o que não foi o caso do impetrante;

— o art. 9º, parágrafo único, da Lei n. 10.559/2002 não se refere à pensão militar, que é regida por lei específica, mas tão-só, à contribuição ao INSS, às caixas de assistência ou fundos de pensão ou previdência;

— ao final, insiste na denegação do **mandamus** porquanto o impetrante, na condição de militar inativo, “possui direito à assistência médica completa para si e seus dependentes e quando vier a falecer deixará pensão militar para seus beneficiários, no mesmo valor dos proventos que vem recebendo, não sendo justo, portanto, que deixe de contribuir para a pensão militar”.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 183/194 pela denegação da ordem.

À fl. 196, o impetrante juntou cópia de documento emitido pela Receita Federal quanto à isenção e não-tributação de que tratam os autos por força da Lei n. 10.559/2002, art. 1º, inciso II.

O impetrante comunica que, apenas 06 (seis) meses após a concessão da liminar, foi cumprida a ordem referente ao desconto do Imposto de Renda, o mesmo não ocorrendo quanto ao desconto da Pensão Militar.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Irany Brizola Rotta, militar da reserva do Exército, reformado pelo Ato Institucional n. 5, de 13.12.1968 c.c. o art. 1º, II, do Ato Complementar n. 39, de 20.12.1968, e anistiado pela Lei n. 6.683/1979 e EC n. 26.1985 pretende a concessão da ordem requerida neste **mandamus** objetivando a suspensão dos descontos do imposto de renda na fonte e contribuição de pensão militar, bem como as restituições das quantias descontadas indevidamente a título das mesmas contribuições a partir de 05.10.1985, nos termos do § 6º do art. 6º da Lei n. 10.559, de 13.11.2002.

A impetração data de 10 de março de 2004 e a liminar por mim concedida, em 16 de março de 2004, determinou “a suspensão dos descontos a partir do corrente mês, até final decisão”.

As autoridades apontadas como coatoras prestaram as informações solicitadas e o Ministério Público Federal opinou pela denegação da segurança.

De início, impõe-se afastar as preliminares de ilegitimidade passiva **ad causam** das autoridades apontadas como coatoras.

O impetrante, como Coronel da reserva do Exército está subordinado, na escala hierárquica, ao Comandante do Exército e ao Ministro de Estado da Defesa. E a responsabilidade pela Seção que confeccionou as folhas de pagamento para emissão dos contracheques dos servidores militares do Exército é do Diretor da Seção de Inativos e Pensionistas do Exército, a quem cabe, portanto, determinar os descontos ora reclamados.

Impõe-se afastar, ainda, a prejudicial de mérito da decadência por isso que os descontos indevidos no pagamento dos proventos do impetrante são atos administrativos de execução sucessiva. Portanto, a relação jurídica de trato sucessivo renova-se a cada mês, renovando-se também a contagem do prazo para a impetração do **mandamus**.

Assim vem decidindo a egrégia Corte Especial deste Tribunal, a ver:

“Direito Tributário — Mandado de segurança — Competência da Primeira Seção — Legitimidade **ad causam** das autoridades impetradas — Decadência inocorrente — Imposto de renda e contribuição previdenciária — Servidor público militar anistiado antes da Lei n. 10.559/2002 — Isenção — Decreto n. 4.897/2003 — Precedente desta Corte — Devolução dos valores indevidamente descontados — Impossibilidade (Súmula n. 271-STF) — Concessão parcial da ordem.

(...)

3. Deve ser rejeitada a prejudicial de mérito da decadência, pois o pagamento dos proventos do impetrante em valor inferior ao correto, em razão de descontos indevidos, é ato administrativo de execução sucessiva. Caracterizada a relação jurídica de trato sucessivo, esta é renovada mensalmente, legitimando a contagem do prazo para impetração do mandado de segurança a partir de cada ato praticado. Precedentes deste Tribunal Superior:

(...)

8. Segurança parcialmente concedida.” (MS n. 9.636/DF, DJ de 13.12.2004, Relator Ministro Denise Arruda)

Não prospera a alegação das autoridades apontadas como coatoras no sentido de que o impetrante não poderia se beneficiar da Lei n. 10.559/2002, já que não requereu a mudança de regime perante o Ministério da Justiça, a fim de gozar das concessões legais àqueles reconhecidamente anistiados políticos.

À época da promulgação da Lei n. 10.559/2002 e do Decreto 4.897/2003 o impetrante já havia sido reformado (Ato Institucional n. 5, de 13.12.1968 c.c. o art. 1º, II, do Ato Complementar n. 39, de 20.12.1968) e anistiado político nos termos do art. 1º da Lei n. 6.683/1979 e 4º da EC n. 26/1985.

Assim, foi beneficiado pelos arts. 11 e 19 da referida Lei n. 10.559/2002 e pelo Decreto n. 4.897/2003 em seu art. 1º, §§ 1º e 2º e art. 2º, que reconheceu a todos os anistiados políticos o benefício da isenção, como igualmente reconhecido pela Portaria Normativa n. 657/MD, de 25.06.2004, do Ministro de Estado da Defesa.

Indiscutível, portanto, o direito à isenção do imposto de renda à vista dos preceitos legais referidos, que não excluíram aqueles declarados anistiados antes da Lei n. 10.559/2002.

No que se refere à isenção da contribuição incidente sobre a pensão militar, há de ser aplicado o mesmo raciocínio norteador para a isenção do imposto de renda, não obstante o Decreto n. 4.897/2003 a ela não tenha se referido. Assim, se para a isenção do imposto de renda pouco importa que os anistiados tenham, ou não, requerido a substituição do art. 19 da Lei n. 10.559/2002, para a pensão militar há que ser concedida a isenção pleiteada.

Contudo, o pleito referente à restituição das quantias indevidamente descontadas a título das contribuições em comento a partir de 05.10.1988, não merece acolhida.

A uma, porque a Lei n. 10.559/2002, que concedeu o benefício das isenções apreciadas, e o art. 2º do Decreto n. 4.897, de 25.11.2003, não autorizam a concessão nos termos requeridos.

A duas, porque o mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, a serem reclamados pela via judicial própria, segundo o enunciado da Súmula n. 271 do STF.

As questões aqui apreciadas foram analisadas segundo o entendimento exposto, no acórdão proferido pela egrégia Primeira Seção no MS n. 9.543/DF, DJ de 13.09.2004, do qual transcrevo a respectiva ementa:

“Tributário. Mandado de segurança. Decadência. Anistia política. Imposto de renda e contribuição previdenciária. Isenção instituída pela Lei n.

10.599/2002. Abrangência em relação aos anistiados políticos pela Lei n. 6.683/1979 e Emenda Constitucional n. 26/1985. Restituição de valores indevidamente recolhidos.

1. A impetração funda-se no descumprimento do Decreto n. 4.897, de 25.11.2003, que isentou do imposto de renda os anistiados políticos, alterando a situação jurídica dos impetrantes. Conta-se, portanto, a partir da publicação desse decreto, o prazo decadencial previsto no art. 18 da Lei n. 1.533/1951.

2. O Decreto n. 4.897, de 25 de novembro de 2003, esclareceu que, a partir de 29 de agosto de 2002, os efeitos da isenção do imposto de renda concedida pelo art. 1º da Lei n. 10.599, de 13.11.2002, alcançam também os pagamentos de aposentadoria e de pensão aos anistiados de que trata o art. 19 da referida lei, mesmo antes de que tenha se operado a ‘substituição’ ali referida.

3. Embora o Decreto n. 4.897/2003 não tenha se referido à isenção da contribuição previdenciária incidente sobre a pensão militar, não há porque dar a essa isenção, prevista no **caput** do art. 9º da Lei n. 10.559/2002, um tratamento jurídico diferente do que foi reconhecido como devido à isenção referida no parágrafo único daquele artigo. **Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio**. Se, relativamente à isenção do imposto de renda, não se faz diferença entre os anistiados que requererem e os que não requereram a ‘substituição’ de que trata o art. 19 da Lei n. 10.599/2002, não há nenhuma razão lógica ou jurídica para estabelecer tal distinção quando se interpreta o benefício da isenção da contribuição previdenciária.

4. A pretensão de reconhecimento do direito à restituição das quantias descontadas a partir de 05 de outubro de 1988 não pode ser deduzida em mandado de segurança, que não comporta discussão sobre efeitos patrimoniais pretéritos, nos termos da Súmula n. 271-STF.

5. Segurança parcialmente concedida. Agravo regimental prejudicado.”

Do exposto, concedo a ordem requerida, em parte, determinando que as autoridades impetradas se abstenham de efetuar os descontos do imposto de renda e da pensão militar sobre os pagamentos do impetrante, confirmando a liminar deferida.