

**PARECERES
DO ANO DE 2006**

HOMOLOGAÇÃO

Aprovo o Parecer nº 1125/06, da lavra do Procurador **Heron Nunes Estrella**, que versa sobre o pagamento do abono de permarência instituído pela Emenda Constitucional 41/03 em substituição a isenção de contribuição previdenciária instituída pela EC nº 20/98; estabelecendo sua natureza jurídica, a vigência e a competência para o pagamento.

Registre-se. Encaminhe-se cópia da homologação à Equipe de Assuntos de Pessoal Estatutário, à Secretaria Municipal de Administração, ao Previmpa, estabelecendo-se orientação jurídica uniforme para casos similares.

PGM, 02 de março de 2006.


João Batista Linck Figueira
Procurador-Geral do Município, em exercício.

001028605047

248

Parecer:

1125/08

Processo: 001.028605.04.7

Interessado: Secretaria Municipal de Administração e Departamento Municipal de Previdência dos Servidores Públicos do Município de Porto Alegre - PREVIMPA

Assunto: Abono de Permanência.

Abono de Permanência. Natureza Jurídica.
Vigência. Isenção Previdenciária .

A Sra. Diretora-Geral do Departamento Municipal de Previdência dos Servidores Públicos do Município de Porto Alegre – PREVIMPA, através do Of. 472/GDG encaminha questionamento a esta Procuradoria-Geral quanto ao procedimento a ser aplicado em relação aos servidores ativos que se encontram ao abrigo dos arts. 3º, §1º e 8º § 5º da Emenda Constitucional 20/98.

Encaminhado o questionamento à Equipe Estatutária redundou no seguinte posicionamento:

“O presente expediente foi remetido para manifestação acerca do pagamento do abono de permanência instituído pela Emenda Constitucional 41/03 em substituição a isenção de contribuição previdenciária instituída pela Emenda Constitucional 20/98.

Foi feita referência à legislação federal quanto à data do início do pagamento.

Preliminarmente, parece evidente que o pagamento do abono de permanência é devido desde a vigência da Emenda 41/03 e que desde então os dispositivos da emenda 20/04 deixaram de ter vigência.

Além disso, a legislação federal que determina a data de início da implantação do abono de permanência em âmbito dos servidores federais não se aplica aos servidores municipais. Evidentemente que o pagamento do abono de permanência dependerá de decisão no âmbito municipal, em vista das exigências legais e orçamentárias cabíveis.

Desta forma, parece claro que: 1) desde a vigência da Emenda 41/03 o abono de permanência é devido, 2) a implantação do abono no âmbito dos servidores públicos municipais dependerá de decisão no âmbito do Município. Diante disso poderá ser questionada a forma de tal decisão: será decisão administrativa ou deverá ser aprovada lei municipal por meio de projeto encaminhado pelo executivo?



Em vista da amplitude da consulta, portanto, solicito orientação quanto aos aspectos específicos a serem abordados na manifestação definitiva da signatária."

Após esta manifestação a Secretaria Municipal de Administração, através do seu Secretário, remeteu consulta com questionamentos semelhantes, divididos em seis itens:

1. qual a natureza jurídica do instituto?
2. é o Município o responsável por arcar com o ônus da concessão do abono de permanência, repassando ao PREVIMPA tanto a parte do servidor como a patronal?
3. em quais situações o abono de permanência deverá ser concedido apenas a partir de 16/04/2004?
4. em relação aos servidores que implementaram as condições para a aposentadoria voluntária, a partir de 01.01.04 deverá de imediato ser concedido o abono de permanência?
5. em relação aos servidores que já estão usufruindo da isenção previdenciária, a partir de 01.01.04 deverá ser concedido o abono previdenciário?
6. em relação aos servidores que implementaram os requisitos para a aposentadoria voluntária ou integral, anteriormente a 01.01.04, e somente a isenção previdenciária ser concedida retroativamente à data da implementação dos requisitos, e a partir de 01.01.04 ser concedido o abono de permanência, também de forma retroativa?

Esta previsto na Emenda Constitucional 41/03:

Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 40.

§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um **abono de permanência** equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II.

Art. 2º Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I – tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito de idade, se mulher;



II – tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;

III – contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

- a) a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e
- b) b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea a deste inciso.

§ 5º O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no caput, e que opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, como base nos critérios da legislação então vigente.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 4, § 1º, II, da Constituição Federal."

Os questionamentos iniciais foram respondidos em informação jurídica datada de dezembro de 2004, a qual se acrescenta uma análise doutrinária e jurisprudencial do aspecto tributário da isenção prevista na Emenda Constitucional nº 20/98, conforme solicitação do Previmpa.

Enquanto tramitava o presente processo foram pagos os abonos de permanência aos servidores que faziam jus ao seu recebimento, restando impagos outros pedidos administrativos.

Quanto às questões da SMA, acima arroladas, algumas já foram atendidas pela concessão do benefício, restando algumas dúvidas, sanadas na informação anterior, que são:

Primeiramente, a natureza jurídica do abono é de indenização, e sobre ele não deve incidir a contribuição previdenciária.

Na segunda questão a resposta é sim, a Centralizada, a Administração Indireta e a CMPA devem arcar com o ônus do abono de



permanência e devem repassar ao PREVIMPA a contribuição previdenciária descontada do servidor mais a sua contribuição, nos moldes da legislação vigente.

Nos itens três e quatro, o abono de permanência é devido desde 01.01.04 ou a partir da data em que o servidor implementou as condições necessárias para recebimento, desde que posterior a esta data.

Em resposta ao item 05, remeto à manifestação da Dra. Cristiane, acima reproduzida, ressaltando que a isenção como benefício previdenciário afasta o recebimento do abono, ou melhor, o recebimento do abono afasta a isenção. Assim, o servidor quando implementa as condições de recebimento do abono de permanência deve passar a recebê-lo, cessando automaticamente o recebimento da isenção.

Ainda, se o servidor estiver usufruindo o benefício da isenção e implementa as condições suficientes para fazer jus ao abono de permanência deve interromper a isenção, passando a contribuir para previdência e deverá receber o abono de permanência.

Os servidores que implementaram os requisitos para receber o abono de permanência em 01.01.04 e anteriormente se enquadraram nas condições de isenção da contribuição previdenciária e somente agora solicitaram o benefício de isenção de pagamento de contribuição previdenciária, não fazem jus ao recebimento dos valores descontados a título de contribuição previdenciária anteriormente a 01.01.04, pois, neste caso, a isenção inicia a partir do pedido.

Deverá ser editado decreto regulamentando as situações possíveis e a forma de pagamento do abono de permanência e isenção prevendo as instruções da Orientação normativa nº 03 do Instituto Nacional do Seguro Social, que diz:

**"CAPÍTULO V
DO ABONO DE PERMANÊNCIA**

Art. 67. O segurado ativo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas nos art. 49, 51 e 55 e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contida no art. 48.

§ 1º O abono previsto no caput será concedido, nas mesmas condições, ao servidor que, até 31 de dezembro de 2003, tenha cumprido todos os requisitos para obtenção da aposentadoria voluntária, com proventos integrais ou proporcionais, com base nos critérios da legislação então vigente, como previsto no art. 66, desde que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos, se homem.



§ 2º O recebimento do abono de permanência pelo servidor que cumpriu todos os requisitos para obtenção da aposentadoria voluntária, com proventos integrais ou proporcionais em qualquer das regras previstas nos arts. 49, 51, 55 e 66, conforme previsto no caput e § 1º, não constitui impedimento à concessão do benefício de acordo com outra regra, inclusive prevista no art. 56, desde que cumpridos os requisitos previstos para a hipótese.

§ 3º O valor do abono de permanência será equivalente ao valor da contribuição efetivamente descontada do servidor, ou recolhida por este, relativamente a cada competência.

§ 4º O pagamento do abono de permanência é de responsabilidade do respectivo, ente federativo e será devido a partir do cumprimento dos requisitos para obtenção do benefício conforme disposto no caput e § 1º, mediante opção expressa pela permanência em atividade."

Por fim, quanto ao fato da Emenda Constitucional ter suprimido a isenção da contribuição previdenciária, fato questionado pelo PREVIMPA, fl. 03, da qual se retira o seguinte trecho:

"De outro lado não se pode esquecer que as contribuições sociais as quais se inclui a previdenciária, possuem natureza jurídica tributária, submetendo-se, por consequência, às regras aplicáveis aos tributos, aqui incluídas as que versam sobre a isenção e sua revogabilidade.

Discorrendo sobre a revogabilidade das isenções anteriores à Constituição Federal Sacha Calmon Navarro Coelho (Manual de Direito Tributário, Forense, 2ª ed., 2003), ensina que as isenções concedidas com prazo certo ou sob condição prevalecem até que se exauram o prazo previsto em lei ou seja desatendida a condição, afirmando que "nesses casos há direito adquirido incorporado ao patrimônio jurídico do contribuinte".

De fato, o art. 178 do CTN reza que "a isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo".

Questionando, então, qual "o procedimento a ser aplicado em relação aos servidores ativos que se encontram ao abrigo dos arts. 3º, § 1º e 8º § 5º da Emenda Constitucional nº 20/98".

A Emenda Constitucional nº 20/98, previu em seu art. 3º, § 1º e 8º § 5º que o servidor ao permanecer em atividade mesmo estando apto a ser aposentado (aposentadoria integral) estará isento da contribuição previdenciária, até completar 35 anos de contribuição e 60 anos de idade se homem e 30 anos de contribuição e 55 anos de idade se mulher.



Ora, a isenção prevista na Emenda Constitucional nº 20/98 deixou de existir com a edição da Emenda Constitucional nº 41/03, que prevê a incidência da contribuição previdenciária para todos os servidores públicos, ativos e inativos, com a criação do dito "abono de permanência".

A isenção decorre de lei, seja ela conceituada como exclusão do crédito tributário ou como dispensa do pagamento do tributo o certo é que ela opera no plano da norma e não no plano fático, no dizer de Alfredo Augusto Becker:

"ISENÇÃO TRIBUTÁRIA – Poderia parecer que a regra jurídica tributária, que estabelece a isenção do tributo, estaria estruturada com regra desjuridicizante total, isto é, haveria uma anterior relação jurídica tributária atribuindo ao sujeito passivo a obrigação de pagar o tributo; a incidência da regra jurídica de isenção teria como consequência o desfazimento daquela preexistente relação jurídica tributária. Aliás, este é o entendimento de grande parte da doutrina tributária, a qual costuma conceituar a isenção do seguinte modo: "Na isenção, o tributo é devido, porque existe a obrigação, mas a lei dispensa o seu pagamento; por conseguinte a isenção pressupõe a incidência, porque é claro que só se pode dispensar o pagamento de um tributo que seja efetivamente devido". A lógica desta definição estará certa apenas no plano pré-jurídico da Política Fiscal quando o legislador raciocina para criar a regra jurídica de isenção.

A realização da hipótese de incidência da regra jurídica de isenção, faz com que esta regra jurídica incida justamente para negar a existência de relação jurídica tributária. Por sua vez, as hipóteses não enquadráveis dentro da hipótese de incidência da regra jurídica explícita de isenção tributária, são precisamente as hipóteses de incidência de regras jurídicas implícitas de tributação." (Becker, Alfredo Augusto, Teoria Geral do Direito Tributário, Editora Saraiva, 1963, São Paulo, p. 276 e 277)

Questiona o Previmpa sobre a aplicação do art. 178 do Código Tributário Nacional. No entanto, a isenção em tela não se enquadra nos casuísmos legais. Além disso, é preciso lembrar a lição Ruy Barbosa Nogueira de que a isenção é sempre concedida tendo em vista o interesse público:

"A isenção é concedida por lei tendo em vista não o interesse individual, mas o interesse público. Assim, a isenção outorgada às pessoas como aos bens é concedida em função da situação em que essas pessoas ou esses bens se encontram em relação ao interesse público, exigindo ou justificando um tratamento isencional.

Isso quer dizer que é a própria lei que descreve objetivamente essas situações e considera que essas pessoas ou bens enquadrados dentro delas estão numa situação diferente das demais e por isso



devem ter também um tratamento diferente, em atenção mesmo ao princípio de isonomia ou igualdade.”(Nogueira, Ruy Barbosa, Curso de Direito Tributário, Editora Saraiva, São Paulo, 1995, p. 172)

Neste sentido, o interesse público deve prevalecer sobre o dos particulares (princípio implícito da supremacia do interesse público), como prega Paulo de Barros Carvalho:

“Como criatura da lei que a isenção é, a qualquer momento, ao alvedrio do legislador, pode ser ab-rogada ou revogada parcialmente (derrogada), o que implica sua modificação redutiva. Visa o art. 178 a preservar aquelas que foram concedidas por prazo certo e em função de determinadas condições, ressaltando-se dessa prerrogativa de liberdade legiferante de que os Parlamentos são portadores, dentro dos limites constitucionais. Tais isenções, de conformidade com o texto escrito do Código Tributário Nacional, estariam a salvo de abrogações ou derrogações da lei. Apesar disso, temos para nós, que, havendo a justa indenização advindo dos prejuízos do inadimplemento contratual, também as concedidas por prazo certo e mediante condições podem ser revogadas totalmente (ab-rogação) ou de forma parcial (derrogação). O interesse público deve prevalecer sobre o dos particulares (princípio implícito da supremacia do interesse público).” (Carvalho, Paulo de Barros, Curso de Direito Tributário, Editora Saraiva, São Paulo, 1993, p. 336)

Outro aspecto que deve ser repisado é o fato que essa isenção não se enquadra nas hipóteses do artigo 178 do Código Tributário Nacional, tendo em vista às circunstâncias e a redação dada pela Emenda Constitucional, que, apesar de prever a quem é dirigida à isenção, é dada a título gracioso, sem que o servidor público retribui com prestação diferenciada, na lição de Bernardo Ribeiro de Moraes:

“b) a norma de isenção tributária deve ser instituída pelas vias admitidas pelo ordenamento constitucional, respeitando os princípios constitucionais, v.g, da isonomia tributária, e o direito adquirido do contribuinte. A revogação de uma isenção equivale a criação de tributo, pois haverá o nascimento do crédito tributário para o contribuinte isento.” P. 361

“A extinção da isenção tributária ou revogabilidade da isenção pode ocorrer por diversas formas, todas elas indicativas da sua supressão do sistema jurídico: supressão do tributo; derrogação da norma jurídica; modificação do fato gerador da obrigação tributária; transcurso do tempo para o qual foi concedida. A perda da isenção, por sua vez, ocorre pelo desaparecimento das circunstâncias exigidas em lei, pela caducidade do prazo para solicitá-la ou renova-

la ou pela infração de deveres exigidos. Em todos esses casos, o efeito desagratório da isenção deixa de produzir-se. p. 363

Conforme o art. 178 do Código Tributário Nacional admite-se dois tipos de isenção fiscal, a saber:

- a) a) condicionadas (também referidas como "bilaterais", "contratuais"), quando previstas em lei como retribuição de uma prestação pelo beneficiário, que funciona como causa ou motivo determinante da isenção tributária. Ao tribunais americanos denominam tal isenção como concedidas *for causae* ou *for consideration*. Tais isenções são também denominadas onerosas,
- b) b) incondicionadas (também referidas como "unilaterais", "não contratuais"), quando previstas em lei por mera liberalidade, graciosamente. Conforme pondera o eminente Secretário Jurídico da Prefeitura de Manaus, Dr. Paulo Afonso de Lima Santos, neste tipo de isenção "o contribuinte nata tem a fazer senão locupletar-se dela em prejuízo dos interesses públicos".

"...Na lição de Francisco Campos, "quando a isenção tributária é concedida graciosamente, ou de modo incondicional, por não corresponder a uma contraprestação prometida pelo beneficiário, ela pode ser revogada pelo mesmo poder que a conceder". Tal revogação é *ad nutum*. No mesmo sentido é o pensamento de Aliomar Baleeiro, ao examinar o art. 178 do CTN: " Sem dúvida, em princípio, a regra deve ser a revogabilidade ou a redutibilidade da isenção em qualquer tempo em que o Estado entenda que ela já não corresponde ao interesse público do qual promanou". (de Moraes, Bernardo Ribeiro, Compêndio de Direito Tributário, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993, p. 364)

Por todas essas razões resta evidente que a isenção prevista no art. 3º e 5º da Emenda Constitucional nº 20/98 não mais existe, ou melhor, o incentivo para que o servidor permanecesse no serviço público foi substituído pelo "abono de permanência" previsto na Emenda Constitucional nº 41/03.

A questão da natureza jurídica da contribuição previdenciária e da arguição do direito adquirido foi amplamente debatida no Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Ação Direito de Inconstitucionalidade 3.105-8-Distrito Federal, que resultou na seguinte Ementa:

EMENTAS: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, caput). Regra retroativa. Incidência sobre fatos



geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da corte. Inteligência dos arts. 5º XXXVI, 146, 149, 150, I e III, 194 e 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como o de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.

2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º caput, da EC nº 41/2003. Votos Vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações."

3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões

D

“cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 8º, da Constituição da República, com redação dada por essa mesma Ementa. (ADIN nº 3.105-8- DF, Rel. para o Acórdão, Min. Cezar Peluso, D.J. 18.02.2005, Ementário nº 2180-2)

Do corpo do v. Acórdão se retiram os seguintes trechos que se encaixam perfeitamente na matéria que está sendo analisada neste parecer, por exemplo, do voto do Relator Des. Cezar Peluso, pode-se encontrar as referências necessárias para análise da natureza jurídica da contribuição previdenciária e do alegado direito adquirido frente a norma constitucional:

“A Emenda Constitucional n. 41/2003, no alterar o alcance do art. 40, entrando a exigir contribuição aos servidores inativos (art. 4.), retira seu fundamento de validade à previsão do art. 195, II, alargando seu raio de incidência por meio da contribuição destinada à previdência social.

Institui-se aí contribuição previdenciária, pertencente à classe das contribuições para a seguridade social, que, seria bom insistir, têm natureza tributária incontroversa, não obstante submissas a particular regime jurídico-constitucional. Aliás, admitida e adotada pelos requerentes mesmos (fls. 5 e ss), bem como pelos ilustres signatários dos pareceres que instruem a inicial (fls. 68,69 e ss).

Como tributos, que são, não há como nem por onde opor-lhes no caso, a garantia constitucional outorgada ao “direito adquirido (art. 5., XXXVI), para fundar pretensão de se eximir ao pagamento devido por incidência da norma sobre fatos posteriores ao início de sua vigência.

O art. 5., XXXVI, ao prescrever que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, protege, em homenagem ao princípio fundamental de resguardo da confiança dos cidadãos perante a legislação, enquanto postulado do Estado de Direito, os titulares dessas situações jurídico-subjetivas consolidadas contra a produção de efeitos normativos gravosos que, não fosse tal garantia, poderiam advir-lhes da aplicação da lei nova sobre fatos jurídicos de todo realizados antes do seu início de vigência.

Mas o direito adquirido ou exaurido, não precisaria dizê-lo, só se caracteriza como situação tutelada, invulnerável à eficácia de lei nova, quando haja norma jurídica que o contemple como tal no segundo membro de sua estrutura lingüística (proposição normativa), como consequência jurídica da perfeita realização histórica (fattispecie concreta) do fato hipotético previsto, como tipo (fattispecie abstrata), no primeiro membro da proposição normativa.

h

Talvez conviesse recordar ao propósito, conquanto em esquema simplificado, que toda norma jurídica prática, cuja vocação está em induzir comportamento, prevê, na primeira cláusula de sua formulação lingüística, enunciados em termos típicos mas complexos, fato ou fatos de possível ocorrência histórica (fattispecie abstrata), e liga à sua realização completa no mundo físico (fattispecie concreta), por imputação ideal (causalidade normativa), na segunda cláusula, a produção de certo efeito ou efeitos jurídicos, redutíveis, de regra, às categorias conceituais de obrigações ou de direito subjetivos.

De modo que, reproduzido na realidade, em toda a sua inteireza, com a ocorrência do fato, o modelo ou tipo normativo, descrito como hipotético na primeira cláusula, dá-se, no mundo jurídico, o fenômeno chamado de incidência da norma sobre o fato (ou subsunção do fato à norma), mediante o qual o fato realizado se juridiciza e, fazendo-se jurídico, dá origem, por suposição, ao nascimento de direito subjetivo, isto é, direito reconhecido a titular ou titulares personalizados (com adjetivo possessivo). Daí afirmar-se:

"Inexiste direito subjetivo sem norma incidente sobre fato do homem ou sobre o homem como fato: sobre seu mero existir ou sobre conduta sua. O direito subjetivo é efeito de fato jurídico, ou de fato que se juridicizou: situa-se no lado da relação, que é efeito. Isso quer nos direitos subjetivos absolutos, privados ou públicos, quer nos direitos subjetivos relativos."

Ora, e isso é observação radical e decisiva, não se manifesta, intui, nem descobre, expressa ou sistemática, nenhuma norma jurídica que, no segundo membro de sua proposição, impute, associado, ou não, a outra circunstância típica elementar, ao ato e à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público, o efeito pontual de lhe gerar direito subjetivo como poder subtrair ad aeternum a percepção dos respectivos proventos à incidência de lei tributária ulterior ou anterior. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito. Donde, tampouco

8

poderia encontrar-se, com esse alcance, direito subjetivo que, adquirido no ato de aposentamento do servidor público, o alforriasse à exigência constitucional de contribuição social incidente sobre os proventos da inatividade.

Que condição de aposentadoria, ou inatividade, represente situação jurídico-subjetiva sedimentada, que, regulando-se por normas jurídicas vigentes à data de sua perfeição, não pode atingida, no núcleo substantivo desse estado pessoal, por lei superveniente, incapaz de prejudicar os correspondentes direito adquiridos, é coisa óbvia, que ninguém discute. Mas não menos óbvio, posto que alguns, é que, no rol dos direito adquiridos inerentes à situação de servidor inativo, não consta o de imunidade tributário absoluta dos proventos correlatos.

Nem se pode desconsiderar que, em matéria tributária, por expressa disposição constitucional, a norma que institua ou majore tributo somente pode incidir sobre fatos posteriores à sua entrada em vigor. Logo, fatos que, ajustando-se ao modelo normativo, poderiam ser tidos por geradores, mas que precederam à data de início de vigência da EC n. 41, não são por esta alcançados, não apenas em virtude daquela garantia genérica de direito intertemporal, mas também por obra da irretroatividade específica da lei tributária objeto da norma do art. 150, III, a, da Constituição da República, e de referência do art. 149, caput:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III – cobrar tributos:

a) a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.”

Na espécie, o fato gerador da contribuição previdenciária dos inativos é a percepção de “proventos de aposentadorias e pensões”, conforme dispõe o art. 4., § único, da EC n. 41/2003. Mas, alegando estarem sob o pálio da garantia constitucional do direito adquirido, os requerentes pretendem que esse cânone da Emenda não se aplique tampouco aos fatos geradores futuros.



367

Não lhes vale nem aproveita, no entanto, a garantia que invocam. É que, reduzida sua pretensão à última significação jurídica, podem o reconhecimento de autêntica imunidade tributária absoluta, pelo só fato de já estarem aposentados à data de início de vigência da EC n. 41/2003.

Ora, vista como fato jurídico, a aposentadoria não guarda de per si tal virtude, pois imunidade tributária depende sempre de previsão constitucional, que com essa latitude não existe para o caso. Antes, a EC n. 41/2003 subjugou, às claras, os proventos dos servidores inativos ao âmbito de incidência da contribuição previdencial.

A relação jurídico-tributária baseia-se no poder de império do Estado e legitima-se pela competência que a este, em qualquer das três encarnações federativas, lhe atribui a Constituição. Em terminologia clássica é relação jurídica ex lege e, como tal, sua instituição e modificação (maioração, extinção, etc) dependem da existência da lei, que seja reverente aos estritos desígnios e limites constitucionais.

O art. 150, III, a, da Constituição da República, como se viu, prescreve que a lei tributária que institui tributo só pode apanhar fatos geradores ocorridos após seu início de vigência. Onde, e esta é consequência também oriunda do princípio constitucional da legalidade administrativa (art. 37, caput), uma vez dado o fato nela previsto como hipótese, exsurge ipso facto o poder jurídico de lhe exigir o pagamento, ou, em termos invertidos, a obrigação de o pagar, por força da subsunção do fato à norma, ou, o que dá no mesmo, da incidência desta sobre aquela, salvos os casos expressamente excluídos do âmbito de tal efeito, por força da previsão de imunidade ou de isenção, por exemplo.

Exercida a competência, dentro dos limites constitucionais a pessoa cuja condição é alcançada pela norma instituidora torna-se sujeito passivo na situação jurídico-tributária, sem que desta posição obrigacional o livre situação jurídica anterior. A lei tributária aplica-se aos fatos jurídicos ocorridos sob seu império (art. 105 do Código Tributário Nacional), observado o princípio da anterioridade (art. 150, III, b e c, e art. 195, § 6º, da Constituição da República), cujo período, no caso, é de 90 dias."

A Emenda Constitucional deixou de prever a isenção de contribuição aos servidores ativos que atingissem certos requisitos. Além disso, a Emenda torna obrigatório o regime contributivo – tanto para os ativos quanto para os inativos -, não se podendo falar de direito adquirido à isenção ou supremacia da Lei Tributária sobre normas constitucionais., conforme a lição do Ministro Cezar Peluso.

34/

Heron Nunes Estrella
Mat 66889-7